



REZIM INVESTASI ASING SEKTOR PERTAMBANGAN:

**REGULATORY RISK DAN
IMPLIKASINYA TERHADAP
TRAKTAT INVESTASI
INTERNASIONAL**

**Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H.
Fifi Junita, S.H., M.H., LL.M., Ph.D.**

$60\% \times 20 = 12$

**REZIM INVESTASI ASING SEKTOR
PERTAMBANGAN: *REGULATORY RISK* DAN
IMPLIKASINYA TERHADAP TRAKTAT
INVESTASI INTERNASIONAL**

Prof. Dr. Agus Yudha Hernoko, S.H., M.H.

Fifi Junita, S.H., M.H., LL.M., Ph.D.



PT Revka Petra Medra
Copyright © 2013

**REZIM INVESTASI ASING SEKTOR PERTAMBANGAN:
REGULATORY RISK DAN IMPLIKASINYA TERHADAP
TRAKTAT INVESTASI INTERNASIONAL.**

Penulis

Prof. Dr. Agus Yudha Hermoko, S.H., M.H.,
Fari Amata, S.H., M.H., LL.M., Ph.D.

Diterbitkan dan dicetak oleh



PT REVKA PETRA MEDIA
Jl. Pucang Anom I nomor 5 Surabaya
Telp. 031 2651711 : Fax 031-5016848
e-mail: revkapetra-media@yahoo.com

ISBN : 978-602-7982-50-5

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002
Tentang Hak Cipta

Hak cipta dilindungi undang-undang. Dilarang memperbanyak atau memindahkan sebagian atau seluruh isi buku ini ke dalam bentuk apapun, secara elektronik maupun mekanis, termasuk fotokopi, merekam, atau dengan teknik perekaman lainnya, tanpa izin tertulis dari penerbit. Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta, Bab XII Ketentuan Pidana, Pasal 72, AYAT (1), (2) DAN (6)

PRAKATA

Diundangkannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara telah mengakibatkan perubahan kebijakan investasi asing sektor pertambangan mineral dan batu bara yang sangat fundamental di Indonesia. Hal ini salah satunya terbukti dengan dianutnya konsep '*resource nationalism*' yang ditujukan untuk lebih memberikan proteksi terhadap kedaulatan dan kepemilikan sumber daya mineral oleh Bangsa Indonesia sesuai dengan amanat Pasal 33 UUD 1945. Dianutnya konsep '*resource nationalism*' ini ditandai dengan perubahan terhadap beberapa kebijakan di sektor pertambangan, khususnya bagi investor asing. Pertama, konsep dasar pemberian hak untuk melakukan kegiatan pertambangan melalui regime kontrak karya telah dinihai dengan regime perizinan sehingga memberikan peran dan kontrol yang lebih besar bagi negara/ pemerintah. Regime perizinan mendudukkan posisi negara (*host state*) lebih dominan daripada pihak investor asing dihandingkan dengan regime kontraktual yang bertolak dari asas *pacta sunt servanda* dan prinsip keseimbangan kedudukan. Kedua, adanya kewajiban yang menerapkan kewajiban bagi investor asing untuk melakukan divestasi saham yang dimilikinya hingga sebesar 51% dimiliki peserta Indonesia pada tahun kesepuluh.¹ Ketiga, adanya larangan ekspor mineral mentah (*raw extractive*) dan kewajiban untuk melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri (*thilirisasi*).² Keempat, adanya kewajiban bagi

¹ Lihat Pasal 112 angka 1 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Mineral dan Batu Bara.

² Lihat Pasal 102 dan Pasal 103 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Mineral dan Batu Bara, yang sekarang sedang diajukan Permusyawaratan Ulu

pemegang kontrak karya untuk melakukan *renegosiasi* terhadap kontrak karya untuk menyesuaikan dengan ketentuan UU Noor 4 Tahun 2009.⁴ Kebijakan-kebijakan tersebut menunjukkan adanya perubahan fundamental terhadap politik ekonomi Bangsa Indonesia di sektor pertambangan.

Namun, di sisi lain, dengan semakin besarnya campur tangan pemerintah di sektor pertambangan melalui regime perijinan yang diikuti pula dengan sistem desentralisasi dalam pengelolaan pertambangan dalam kerangka otonomi daerah telah mengakibatkan semakin tingginya tingkat *regulatory risk* bagi para investor, khususnya investor asing sektor pertambangan. Terlebih lagi, kurangnya transparansi, akuntabilitas, independensi dan *good governance* dalam pemberian ijin pertambangan di tingkat pusat dan daerah telah menimbulkan penertiban ijin pertambangan dan pengantiban kebijakan yang bersifat tumpang tindih (*overlap*), bahkan kontradiktif. Kondisi ini tentu saja akan menimbulkan ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*) bagi para investor. Padahal, Pemerintah Indonesia telah menandatangani

Materi kepada Mahkamah Konstitusi dengan Perkara No. 10/PUU-XII/2014, Esti Suryawati, "Perjanjian, Pengusaha Tambang Mau Ngeles", Kompas, Maret, 2014, dapat diakses di bisniskeuangan.kompas.com/read/2014/03/13/0943010:Perjanjian.Pengusaha.Tambang.Mau.Ngeles, diakses tanggal 18 Maret 2014, h. 1. Lihat juga Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM) Nomor 7 Tahun 2012 tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral yang masih belum secara tegas dan konsisten diterapkan terbukti dengan dikeluarkannya Peraturan Menteri Nomor 1 Tahun 2012 tentang masih diperbolehkannya pemegang IUP operasi produksi untuk melakukan ekspor mineral. Peter Dahu, "Larangan Ekspor Mineral Mental Fatamora Ke 2017, Pemerintah Langgar UU Minerba", dapat diakses di www.kompasiana.com/postread/6090951, diakses tanggal 18 Maret 2014, h. 1.

Libat Pasal 112 angka 2 Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara. Hal ini diikuti dengan diberlakukannya *open tender* kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan baru baru yang ada untuk menyesuaikan dengan UU Minerba berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 3 Tahun 2012.

Perjanjian Investasi Bilateral (*Bilateral Investment Treaties* BIT'S) dengan berbagai negara. Klausula-klausula yang telah disepakati dalam BIT meliputi klausula stabilisasi (*stabilization clause*), klausula payung (*umbrella clause*), klausula transparansi hukum (*Transparency of law*), klausula '*promotion and protection of investment*', klausula ekspropriasi dan nasionalisasi, klausula '*treatment of investment*' maupun klausula arbitrase (*dispute settlement*) yang diumuskan dalam bentuk '*open texture clauses*' memberikan cakupan perlindungan yang sangat luas bagi investor asing di Indonesia. Akibatnya, perubahan kebijakan investasi nasional yang merugikan pihak investor asing dan telah mengurangi *legitimate expectations* pihak investor asing akan memberikan hak bagi mereka untuk menuntut Pemerintah Indonesia melalui badan arbitrase internasional, khususnya ICSID (*International Center for Settlement of Investment Dispute*). Kondisi ini semakin ironis dengan adanya tendensi '*pro investor bias*' dalam penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase ICSID sebagai badan arbitrase yang berada di bawah naungan World Bank. Ketentuan-ketentuan dalam Perjanjian Investasi Bilateral (BIT) yang lebih memberikan cakupan proteksi yang sangat luas kepada investor asing dan penyelesaian sengketa investasi melalui badan arbitrase asing sangat tidak menguntungkan posisi Pemerintah Indonesia sebagai *host state*. Bahkan, Pemerintah Indonesia justru dijadikan 'tambang hukum' dengan adanya penyelesaian sengketa investasi melalui badan arbitrase ICSID. Oleh karena itu, perlu adanya penguatan proteksi terhadap kepentingan nasional di dalam BIT agar sejalan dengan keadilan

⁴ Esti Widyayani, "Gugatan Chancell jadi Bahan Evaluasi Traktat Investasi Bilateral", Maret, 2014, dapat diakses di www.tambang.co.id/detail_berita.php?category=18&news_id=8814, diakses pada tanggal 18 Maret 2014, h. 1.

dan kejujuran kontraktual (*contractual justice and fairness*) dalam pembentukan BIT. Sudah saatnya dilakukan renegotiasi terhadap berbagai BIT yang telah disepakati agar dapat memberikan perlindungan hukum yang proporsional terhadap para pihak yaitu Pemerintah Indonesia sebagai *host state* dan pihak investor asing dengan tetap mengedepankan kedaulatan Bangsa Indonesia di sektor pertambangan sesuai dengan landasan fundamental perekonomian sebagaimana tertuang di dalam Pasal 33 UUD 1945 yaitu untuk mencapai sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.⁹ Selain itu, perlu dirintis upaya mediasi dengan menuliskan pada *'interest based approach'* agar penyelesaian sengketa investasi internasional bisa diselesaikan dengan tetap memperhatikan kepentingan pihak *host state* termasuk masyarakat lokal (*local community*) maupun investor asing sehingga bisa diupayakan untuk mencapai kesepakatan yang bersifat *win win solution*. Melalui upaya-upaya hukum tersebut, diharapkan pelaksanaan investasi asing di Indonesia tidak merendahkan kedaulatan ekonomi Bangsa Indonesia di sektor pertambangan sesuai dengan amanat Pasal 33 UUD 1945.

⁹ KARR, "Sudah Saatnya Renegosiasi Perjanjian Investasi Bilateral", dapat diakses di www.hukumonline.com/berita/baca/1031159/ulh69d6a/sudah-saatnya-renegosiasi-perjanjian-investasi-bilateral, diakses pada tanggal 18 Maret 2014, h. 1.

RINGKASAN

Percepatan perubahan regulasi dan kebijakan nasional sektor pertambangan merupakan salah satu risiko yang paling dominan yang dihadapi oleh investor di bidang pertambangan. Bahkan dengan adanya kewenangan daerah untuk mengelola pertambangan melalui kerangka otonomi daerah (*desentralisasi*) telah mengakibatkan semakin tingginya tingkat *regulatory risk* dalam melakukan investasi pertambangan di Indonesia, terutama bagi investor asing. Bentuk *regulatory risk* ini mencakup adanya regulasi pertambangan yang bersifat kontradiktif (*in conflict*), *overlap* dan inkonsisten antara pengaturan pertambangan nasional dan daerah. Pergeseran kebijakan politik nasional pemerintah (*national political will*) di sektor pertambangan yang lebih mendasarkan pada nasionalisme telah berimbas pada terciptanya regulasi yang lebih memberikan perlindungan bagi investor nasional daripada investor asing. Salah satunya adalah dengan adanya kewajiban untuk melakukan divestasi saham sebesar 51 % bagi investor asing di bidang pertambangan kepada investor nasional setelah masa produksi selama 5 hingga 10 tahun. Dalam kaitannya dengan *bilateral/regional/multilateral investment treaties* (traktat bilateral) akan dianalisis apakah berbagai kebijakan nasional dan regulasi sektor pertambangan sesuai dengan BITs (*Bilateral Investment Treaties*) yang telah diratifikasi oleh Indonesia.

Ada dua rumusan masalah yang akan dianalisis yaitu: (1) Bentuk *regulatory risks* yang dihadapi oleh investor asing di sektor pertambangan di Indonesia; (2) Analisa atas kebijakan dan regulasi

investasi asing sektor pertambangan dalam kerangka BITs dalam kaitannya dengan FDI (*Foreign Direct Investment*).

Rezim peraturan perundang-undangan investasi asing sektor pertambangan di Indonesia telah mengalami berbagai pembaharuan. Perubahan kebijakan pemerintah (*national political will*) di sektor pertambangan telah mengakibatkan terjadinya pergeseran paradigma pengaturan investasi sektor pertambangan di Indonesia yang lebih mengarah pada nasionalisme sehingga cenderung bersifat proteksionis. Reformasi mendasar adalah adanya kewajiban bahwa investor asing harus melakukan divestasi atas saham sebesar 51% kepada pemerintah Indonesia setelah 5 hingga 10 tahun masa produksi. Secara konstitusional, paradigma ini didasarkan pada Pasal 33 UUD 1945 bahwa hasil eksplorasi dan eksploitasi atas kekayaan sumber daya alam dapat tetap dimiliki dan dinikmati oleh rakyat Indonesia (dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat). Sistem kontrak karya (*Contract of Work*) yang merupakan bentuk perjanjian (*legal agreement*) antara perusahaan/investor dengan persetujuan dari DPR yang sangat memberikan proteksi terhadap investor/ perusahaan pertambangan dihapuskan dan diganti dengan sistem perijinan yaitu penerbitan Ijin Usaha Pertambangan (IUP) dan Ijin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) yang mencakup ijin eksplorasi maupun produksi. Namun, berbeda dengan sistem kontrak karya, IUP/IUPK tidak bersifat mutlak karena tetap dipengaruhi oleh perubahan kebijakan perpajakan maupun perubahan legislasi sektor pertambangan. Tingkat *regulatory risk* investasi di sektor pertambangan di Indonesia sangat tinggi. Hal ini ditandai dengan banyaknya regulasi/legislasi di bidang pertambangan yang *overlap*, rendahnya *transparency* dan

accountability serta tingkat *predictability*. Apalagi dengan adanya kewenangan daerah (desentralisasi) dalam rangka penerbitan ijin dan eksplorasi sektor pertambangan dalam kerangka monomi daerah.

Tingkat *regulatory risk* yang tinggi di sektor pertambangan tentu saja mempunyai implikasi terhadap berbagai perjanjian investasi internasional yang telah disepakati oleh Pemerintah Indonesia. Pada prinsipnya, berbagai klausula yang telah disepakati di dalam Perjanjian Investasi Bilateral maupun regional diantaranya prinsip '*national treatment*', prinsip non diskriminasi, prinsip *full protection and security*, prinsip *fair and equitable treatment*, sudah terakomodasi di dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM). Asas-asas penanaman modal yang sarat dengan muatan *law enforcement* telah dituangkan di dalam UUPM, diantaranya kepastian hukum, keterhukuman, akuntabilitas, perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara, kebersamaan dan efisiensi berkeadilan. Namun, dalam pelaksanaannya termasuk berbagai peraturan pelaksanaan di tingkat pusat maupun daerah masih banyak terjadi ketidaksesuaian bahkan kontradiktif dan tumpang tindih (*overlap*) sebagai akibat kurangnya keterbukaan, transparansi dan akuntabilitas. Terlebih lagi, dengan adanya asas desentralisasi sektor pertambangan telah mengakibatkan semakin tingginya tingkat *regulatory risk* bagi investor asing di Indonesia. Di sisi lain, Pemerintah Indonesia telah menandatangani Perjanjian Investasi Bilateral (*Bilateral Investment Treaty*/BIT) dengan berbagai negara yang berisi komitmen untuk memberikan perlindungan hak-hak investor asing di Indonesia, diantaranya prinsip *transparency of law* dan prinsip *fair and equitable treatment*. Oleh karena itu, tingginya

tingkat *regulatory risk* akan memberikan peluang bagi investor asing untuk mengajukan tuntutan (*claims*) terhadap Pemerintah Indonesia melalui badan arbitrase investasi internasional (ICSID/ *International Centre for Settlement of Investment Disputes*) jika ternyata kebijakan atau regulasi pertambangan ternyata bertentangan dengan prinsip-prinsip yang telah disepakati dalam perjanjian investasi bilateral/regional yang mengakibatkan kerugian bagi investor asing di Indonesia.

Buku ini memberikan beberapa rekomendasi yaitu : (1) *rule of law* harus ditegakkan di dalam kerangka pengaturan industri pertambangan dengan mendasarkan pada prinsip *Governance* dan *fries ermsessen* (AAUPB: *Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik*) untuk mewujudkan kepastian hukum dalam pelaksanaan investasi di sektor pertambangan; (2) perlu ditegakkan keadilan kontraktual (*contractual justice*) yang didasari dengan prinsip *Good faith*, *mutual trust* dan *equality* di dalam BIT untuk lebih menjamin keseimbangan hak dan kewajiban bagi investor asing maupun *host state*. Perjanjian investasi internasional/bilateral (BIE) seharusnya tidak hanya melindungi hak-hak investor asing saja, tetapi juga harus secara tegas mengatur hak-hak *host states* (negara tuan rumah) dengan memberikan kewajiban bagi investor asing terutama menyangkut perlindungan pemeliharaan lingkungan hidup (*environmental protection*) dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia (*human rights*) terutama hak-hak masyarakat lokal yang secara langsung terkena dampak negatif pelaksanaan industri pertambangan. Pembentukan Perjanjian Investasi Bilateral (BIT) seharusnya didasarkan pada prinsip *good faith*, *equal bargaining power* (asas keseimbangan) dan *mutual trust*, termasuk penerapan klausula-klausula dalam BIT

haruslah mendasarkan pada pendekatan keseimbangan (*balance approach*) dengan memperhatikan kepentingan investor maupun *host state* khususnya masyarakat lokal (*interest based approach*), sehingga tidak hanya melindungi kepentingan investor semata (*pro investor*).

DAFTAR ISI

PRAKATA	iii
RINGKASAN	vii
DAFTAR ISI	xiii
BAB I PENDAHULUAN	1
1. Latar Belakang	1
BAB II REGULATORY RISKS DAN HUKUM PERTAMBANGAN DI INDONESIA	15
1. Rezim Pengaturan Investasi Sektor Pertambangan	15
2. Kerangka Hukum Investasi Sektor Pertambangan	19
3. Investasi Sektor Pertambangan dan Otonomi Daerah	36
4. Bentuk <i>Regulatory Risk</i> dalam Investasi Pertambangan	40
5. Kejelasan Peraturan/Regulasi Investasi Pertambangan (<i>Clarity of Rules and Regulation</i>)	41
6. Ketidakpastian Hukum dan Kebijakan (<i>Policy and Legal Uncertainty</i>)	45
7. Pengaturan Pertambangan yang Tumpang Tindih (<i>Overlap</i>)	47
8. Kurangnya Independensi dan Efisiensi dalam Penegakan Hukum (<i>Regulatory Capacity and Efficiency</i>)	48
9. Ketidaksinkronan atau Pengaturan yang Kontradiksi Di Tingkat Pusat dan Daerah	52
10. Kurangnya <i>Good Governance</i> dalam Penegakan Hukum dan Pemberian Ijin Pertambangan	54

11. Transparansi dan Akuntabilitas Penegakan dan Pembentukan Peraturan Sektor Pertambangan (<i>Regulatory Transparency and Accountability</i>)	55
--	----

BAB III IMPLIKASI REGULATORY RISKS SEKTOR PERTAMBANGAN TERHADAP TRAKTAT INVESTASI INTERNASIONAL

1. Nasionalisme Sumber Daya Alam/Mineral (<i>Resource Nationalism</i>)	59
2. Konsep <i>Rule of Law</i> dalam Pelaksanaan Investasi Pertambangan	62
3. Investasi Pertambangan Sebagai Bagian dari Rezim Investasi Internasional	68
4. Traktat Investasi Bilateral (<i>Bilateral Investment Treaties</i>)	71
5. Klausula-Klausula Pokok dalam Perjanjian Investasi Bilateral	76
6. Implikasi Pengaturan Industri Pertambangan terhadap Traktat Investasi Internasional	79
7. Interpretasi terhadap Penerapan Klausula-Klausula dalam Perjanjian Investasi Bilateral (<i>Bilateral Investment Treaty</i>)	81
A. Klausula Stabilisasi (<i>Stabilization Clause</i>)	83
B. Klausula Payung (<i>Umbrella Clause</i>)	86
C. Klausula <i>Transparency of Law</i>	89
D. Klausula ' <i>Promotion and Protection of Investment</i> '	90
E. Klausula Ekspropriasi dan Nasionalisasi (<i>Expropriation and Nationalization</i>)	94
F. Klausula ' <i>Treatment of Investment</i> '	97
G. Klausula Arbitrase (Penyelesaian Sengketa)	101

8. Implikasi <i>Regulatory Risk</i> Sektor Pertambangan dan Perlindungan Hukum bagi Investor Asing dalam Kerangka Perjanjian Investasi Bilateral (<i>Bilateral Investment Treaty</i>)	102
1. Doktrin <i>Necessity (Emergency)</i> /Keadaan Genting Untuk Menyelamatkan Perekonomian Negara	103
2. Prinsip Kepentingan Umum Internasional	104
3. Prinsip <i>Tabula Rasa (Clean State)</i>	105
4. Prinsip <i>Overmacht/Force Majeure</i>	106

DAFTAR BACAAN

107

BAB I

PENDAHULUAN

1. Latar Belakang Permasalahan

Indonesia merupakan salah satu penghasil tambang mineral yang sangat potensial di Asia, diantaranya batu bara, timah, nikel, emas, minyak dan gas bumi yang tersebar di seluruh kepulauan *archipelago*.¹ Oleh karena itu, investasi pertambangan merupakan sektor yang sangat penting dan memberikan dampak atau pengaruh yang signifikan terhadap pembangunan ekonomi di Indonesia.² Di tahun 2011, hasil tambang di Indonesia telah mendukung pendapatan GDP di Indonesia sebesar 6,2 %.³ Sejak tahun 1969, peraturan perundang-undangan di sektor pertambangan mengandung politik nasional pemerintah untuk lebih memberikan kemudahan-kemudahan guna menarik investor asing untuk melakukan investasi di Indonesia.⁴ Namun, tren ini telah mengalami perubahan drastis dengan dikeluarkannya Peraturan Pemerintah Nomor 23 tahun 2010 jo Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012. Bahkan, pemerintah Indonesia telah melakukan perubahan yang cukup signifikan terhadap pengaturan di sektor

¹ Suria, Gentoeng, *Investing in an Indonesian Mining Project – A Legal Introduction*, dapat diakses di : <http://www.gentoengsuria.com/wp-content/uploads/2010/11/14809-PIB-Investing-in-an-Indonesian-mining-project-08-11-web2.pdf>, h. 10, diakses tanggal 12 Oktober 2013

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

pertambangan asing. Diantaranya adalah adanya kewajiban bagi investor asing untuk melakukan divestasi atas saham atau kekayaan yang dimiliki oleh pemegang ijin pertambangan asing setelah 5 hingga 10 tahun masa produksi kepada pihak lokal sebesar 51%.⁵ Perubahan perundang-undangan ini tentu saja memberikan risiko yang sangat tinggi bagi para investor.⁶

Berdasarkan hasil survey *Fraser Institute*, Indonesia menduduki posisi yang ke-96 dari 96 yurisdiksi pertambangan yang disurvei atas dasar *policy potential index*.⁷ Hasil survey ini menunjukkan bahwa kebijakan pertambangan di Indonesia tidak memberikan daya tarik yang signifikan bagi investor. Faktor utama yang menjadi penyebab adalah adanya ketidakpastian hukum, yaitu regulasi yang cepat berubah dan tumpah tindih.⁸

peringkat Indonesia merosot karena ketidakpastian dalam regulasi mengenai lingkungan dan ketidakpastian mengenai administrasi, pemuktamaan dan penerapan peraturan yang ada.⁹

Tingkat korupsi dan ketidakpastian karena pelibatan pemangku kepentingan lokal dan perubahan peraturan

⁵ Peraturan Pemerintah No 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara yang diubah dengan Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 2012 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

⁶ Visada, Vlado & Terry O'Callaghan, *Regimes, Mining Investment and Regulatory Risk in the Asia Pacific Region: A Comparative Evaluation and Policy Implications*, dapat diakses di <http://regulation.unfpa.org/data/10-papers/514.pdf>, h. 5.

⁷ Hidayat, Faniak, *Indonesia di Urutan Buncit Investasi Pertambangan*, *Tempo Bisnis*, 18 Maret 2013, dapat diakses di <http://www.tempo.co/read/news/2013/03/18/092467625/Indonesia-di-Urutan-Buncit-Investasi-Pertambangan>, h. 1.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

lingkungan memuat Indonesia sebagai tempat investasi paling berisiko."¹⁰

Risiko sebagai akibat adanya percepatan perubahan atas peraturan perundang-undangan atau regulasi yang berdampak negatif pada keamanan dalam pelaksanaan industri/bisnis pertambangan bagi investor (*regulatory risk*) juga disebabkan oleh tidak adanya *rule of law* dan juga risiko akibat lemahnya *law enforcement*.¹¹ Oleh karena itu, penting untuk melakukan analisis dan evaluasi secara kritis terhadap rezim kebijakan dan peraturan perundang-undangan di sektor pertambangan dalam upaya untuk meningkatkan *governance infrastructure* dan mengurangi adanya *regulatory risk* sebagai sarana untuk lebih meningkatkan arus investasi di Indonesia.

Buku ini juga bertujuan untuk menganalisa secara kritis apakah regime perundang-undangan di sektor pertambangan asing di Indonesia sejalan dengan berbagai traktat investasi asing yang telah disekati oleh Pemerintah Indonesia, baik bilateral, multilateral maupun regional dalam upaya untuk mewujudkan *global governance*¹² di bidang investasi asing (*Foreign Direct Investment*). Penelitian ini juga pada akhirnya akan memberikan rekomendasi kebijakan bagi pemerintah untuk memperkecil tingkat *regulatory risk* dalam upaya untuk lebih meningkatkan arus investasi asing sektor pertambangan di Indonesia.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Peterson, Luke Eric (2003) *The Global Governance of FDI: Models of 20 Directions*, Friedrich Ebert-Stiftung, Geneva, h. 10.

1.1. Rezim Pengaturan (*Regulatory Regime*) Investasi Pertambangan di Indonesia

Rezim peraturan perundang-undangan di sektor pertambangan dapat diartikan sebagai berbagai peraturan, baik dalam bentuk undang-undang maupun *delegated legislation* yang bertujuan untuk mengatur hubungan antara negara, investor dari masyarakat lokal dalam kaitannya dengan pemanfaatan sumber daya mineral.¹¹ Rezim peraturan perundangan di bidang industri pertambangan mencerminkan berbagai kebijakan dari para pembentuk undang-undang dan penentu kebijakan yang mengatur tentang sektor pertambangan. Rezim pengaturan ini merupakan suatu bentuk *governance infrastructure* yang mencerminkan situasi politik, institusional dan hukum dari suatu negara (*underlying base or foundation of a system/state*).¹² Kerangka hukum investasi asing di bidang pertambangan banyak dipengaruhi oleh kebijakan pemerintah suatu negara. Kualitas pengaturan yang berkaitan dengan *Foreign Direct Investment* (selanjutnya disebut dengan FDI) ini tentu saja secara signifikan akan mempengaruhi arus investasi asing di suatu negara. Pengaturan yang kurang memberikan perlindungan terhadap investor asing akan secara signifikan mengurangi arus FDI di suatu negara.

Dari perspektif sistem hukum di Indonesia, peran pemerintah sebagai pembuat kebijakan sangatlah vital dan menentukan. Sebagai negara yang menganut *civil law system*, hukum di Indonesia dapat dikategorikan sebagai *'policy based legislation'*

¹¹ Vivoda, Vlado, *Assessment of the Governance Performance of the Regulatory Regime Governing Foreign Mining Investment in the Philippines*, dapat diakses di: http://www98.orf.itih.edu.au/ilspace/htsitem/handle/10012/36393/63340_1.pdf?sequence=1, h. 15

¹² Ibid

¹³ Hal ini dikarenakan legislasi hanya memberikan pengaturan secara umum, sehingga masih dimungkinkan untuk dilakukan interpretasi.¹⁴ Dalam konteks ini, masalah politik maupun sosial sangat kuat memberikan pengaruhnya terhadap hukum pertambangan di Indonesia. Akibatnya, seringkali terjadi konflik antara fleksibilitas dan kepastian hukum di dalam pelaksanaan peraturan perundang-undangan di sektor investasi asing di bidang pertambangan. Khususnya, jika suatu aturan bersifat *vague* dan ambigu (*ambiguity*) sangat memberikan keleluasaan pelaksanaan kekuasaan diskresi bagi para penegak hukum (*legal authorities*). Akibatnya, hal ini akan meningkatkan *regulatory risk* dalam bentuk ketidakpastian hukum bagi investor asing di bidang pertambangan.

Berdasarkan Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945, pada prinsipnya, seluruh kekayaan alam merupakan milik seluruh rakyat Indonesia sebagai pencerminkan kedaulatan negara atas bahan tambang.¹⁵ Konsep ini sebenarnya merupakan salah satu perwujudan dari prinsip *'permanent sovereignty over natural resources'* sebagai upaya untuk lebih memperkuat posisi negara dalam hubungan internasional dan untuk meningkatkan pembangunan ekonomi dan sosial suatu negara.¹⁶

'permanent sovereignty of peoples over natural resources were motivated by the desire to secure the benefits of natural

¹⁴ Suria, Kentoeng, op.cit., h. 6.

¹⁵ Ibid

¹⁶ Adnan Sutedi, *Hukum Pertambangan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012, h. 24.

¹⁷ Nico Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, UK, 2008, h. 1. Prinsip *'permanent sovereignty over natural resources'* seringkali dilawan dengan prinsip *'pacta sunt servanda'* oleh para investor yang kabene berasal dari negara-negara maju (*industrialized states*).

resource exploitation for non self governing peoples."¹⁹

Negara hanyalah sebagai pengelola atas kekayaan alam tersebut untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.²⁰

*"...kemakmuran rakyat merupakan semangat dan cita-cita akhir negara kesejahteraan (welfare state) yang harus diwujudkan oleh negara dan pemerintah Indonesia. Pengelolaan sumber daya alam merupakan salah satu instrumen untuk mencapainya."*²¹

Oleh karena itu, negara sebagai pengelola mempunyai kewenangan untuk mengatur eksplorasi dan eksploitasi terhadap kekayaan mineral, pengusahaan (mengurus) dan pengawasan.²² Diantara ketiga kewenangan negara di bidang pertambangan sebagaimana tersebut di atas, aspek pengaturan merupakan hak mutlak negara yang tidak boleh diserahkan kepada swasta dan merupakan kewenangan yang paling utama.²³ Negara hanya mempunyai hak untuk memberikan izin bagi investor asing yang akan melakukan investasi di bidang pertambangan di Indonesia.²⁴ Namun, izin usaha pertambangan tidak berarti bahwa investor menjadi pemilik atas bahan tambang yang diusahakan.²⁵ Negara tetap berdaulat atas bahan tambang.²⁶ Kondisi ini tentu saja akan mengarah pada intervensi dan kontrol dari negara yang sangat dominan dalam pengeksplorasi sumber daya alam di

¹⁹ Ibid., h. 20.

²⁰ Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945

²¹ Adrian Sutedi, *op.cit.*, h. 24

²² Ibid., h. 25.

²³ Ibid.

²⁴ Konsep ini harus dibedakan dari kepemilikan negara atas kekayaan mineral. Dalam konsep ini, maka kekayaan mineral dimiliki oleh negara.

²⁵ Adrian Sutedi, *op.cit.*, h. 25.

²⁶ Ibid.

Indonesia (*centrally planned economy*). Kekuasaan diskresi dari pemerintah pada akhirnya akan mengarah pada tendensi untuk lebih melindungi kepentingan nasional, investor nasional atau penduduk lokal daripada investor asing ataupun MNC (*Multinational Corporation*). Pengaturan di bidang investasi asing sektor pertambangan justru semakin rumit dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Otonomi Daerah dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (selanjutnya disebut dengan Minerba) yang memungkinkan adanya pendelegasian kewenangan pemerintah pusat kepada pemerintah daerah. Akhirnya, kondisi ini akan semakin meningkatkan *regulatory risk* bagi para investor asing di bidang pertambangan di Indonesia.

1.2. Regulatory Risk Pengaturan sektor Pertambangan bagi Investor Asing di Indonesia

Regulatory risk di sektor pertambangan dapat didefinisikan sebagai risiko yang diakibatkan oleh kualitas dari regulasi/legislasi industri pertambangan dan dari pelaksanaan atas peraturan (*law enforcement*) yang mengakibatkan kerugian atau dampak negatif bagi investor (*adverse change in law and regulation*).²⁷

*Financial loss exposure arising from the likelihood that regulatory agencies will make changes in the current rules or will impose new rules that will adversely effect the already trading positions.*²⁸

²⁷ Mirinda Vlado, *Regimes, Mining Investment and Regulatory Risk in the Asia Pacific Region, Comparative Evaluation and Policy Implications*, dapat diakses di <http://regulation.upf.edu/da/10-papers/214.pdf> h. 9, diakses pada tanggal 14 Oktober 2013.

²⁸ Black's Law Dictionary, dapat diakses di <http://the.oxforddictionaries.org/regulatory-risk>, diakses tanggal 13 Oktober 2013.

Ada beberapa kriteria yang dapat dikategorikan sebagai *regulatory risk* di sektor pertambangan, diantaranya yaitu adanya ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*), tidak jelasnya suatu peraturan perundang-undangan (*lack of clarity*), kurangnya transparansi dalam pembuatan kebijakan (*lack of transparency*), termasuk pula duplikasi dan aturan yang bersifat kontradiktif antara pemerintah pusat dan daerah di sektor investasi asing di bidang pertambangan. Ada beberapa indikator kriteria yang akan dipergunakan untuk mengevaluasi regime peraturan perundang-undangan sektor pertambangan di Indonesia, yaitu :⁹

1. *Clarity of Rules and Regulations.*
2. *Policy and Legal Uncertainty*
3. *Regulatory Capacity / Efficiency.*
4. *Regulatory Transparency/Accountability.*
5. *Regulatory Capture.*
6. *Regulatory Overlap/Conflict.*
7. *Effectiveness of Enforcement and Compliance Mechanism.*
8. *Impartiality in Decision Making.*
9. *Independence from Sectional Influence/Capture and Government.*
10. *Investor Access to the Regulator.*
11. *Other Stakeholders Access to the Regulator.*
12. *Public Access to Information.*

Pemmasalahan mengenai *regulatory risk* muncul jika aturan formal memberikan pengaturan yang terlalu luas, ambigu atau kontradiktif yang mengakibatkan tingginya kewenangan diskresi dari para pembuat kebijakan sehingga menimbulkan

⁹Ibid

kerugian bagi pihak investor. Tingginya tingkat informalitas dalam pembentukan kebijakan di bidang pertambangan akan meningkatkan *regulatory risk* bagi para investor asing dan pada akhirnya akan dapat mengurangi laju investasi asing di bidang pertambangan di Indonesia

1.3. Investasi Sebagai Bagian dari Rezim Internasional – Pengaturan FDI (*Foreign Direct Investment*) Berdasarkan Traktat Investasi Internasional

Aksesi terhadap konvensi internasional di bidang FDI merupakan salah satu bentuk komitmen dari *host states* untuk memberikan iklim investasi yang positif bagi investor asing termasuk standar non diskriminasi.¹⁰ Bahkan dalam upaya untuk memberikan perlindungan terhadap investor asing di *host states*, seringkali dilandasi dengan perjanjian investasi bilateral (*Bilateral Investment Treaties/ BITs*) dalam upaya untuk memberikan *safeguards* dan kepercayaan bagi para investor asing dalam melakukan investasi di suatu Negara atau sebagai sarana perlindungan terhadap pelaksanaan investasi asing di suatu negara.¹¹ Pada prinsipnya, kesepakatan dalam bentuk perjanjian investasi bilateral/regional maupun multilateral (*Bilateral/Regional Investment Treaties*) merupakan salah satu bentuk *review* terhadap *carve doctrine* yang lebih menitikberatkan pada kedaulatan nasional (*national sovereignty*), integritas teritorial

¹⁰ Orellana, Marcos. (2011) *Investment Agreement and Sustainable Development: The Non-Discrimination Standard*, Sustainable Development Law & Policy (SDLP), Vol. XI Issue 3, Washington College of Law, pp. 3.

¹¹ Prichard, Robert. *Safeguards for Foreign Investment in Mining*, reprint from International and Comparative Mineral Law and Policy (2005) Batinda Elizabeth et al (eds), Kluwer Law International, The Hague, available online at : <http://www.resourceslaw.net/documents/SafeguardsForeignInvestmentinMining.pdf>, h. 12

(territorial integrity) dan non intervensi dan supremasi hukum dan pengadilan nasional.¹² Lahirnya perjanjian investasi internasional merupakan suatu bentuk reaksi terhadap prinsip *calva doctrine* yang banyak diadopsi oleh negara-negara yang sedang berkembang.

"The main objectives of these treaties are: the promotion of foreign investment, protection of acquired rights; minimization of loss and risk in the case of expropriation and dispute settlement

... they include rules on the right of entry and the establishment of a company; fair treatment; most favoured national treatment and national treatment; repatriation of capital, profit and other assets; the conditions applying to expropriation and nationalization, including compensation standards and to losses or damages due to war and revolution; due process of law; and dispute settlement through international arbitration."

Standard nasional investasi pada prinsipnya juga merupakan bagian integral dari rezim hukum investasi internasional yang mengatur tentang standard internasional (*international minimum standards*).

Konvensi internasional yang memberikan pengaturan terhadap perlindungan investor asing dalam pelaksanaan FDI (*investment protection*)¹³, diantaranya yaitu *Convention on Settlement of Investment Disputes* (ICSID) yang merupakan sarana untuk penyelesaian sengketa antara investor asing dan pihak nasional. Selain itu, MIGA (*the Multilateral Investment*

¹² Nico Schrijver, *Op cit.*, h. 176.

¹³ *Ibid.*, h. 191.

¹⁴ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2003) *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence From Selected Countries*, New York and Geneva, available online at : http://unctad.org/en/Docs/fic03037_en.pdf

Guarantee Agency) Convention yang memberikan standard *"fair and stable standards for the treatment of foreign investment"*.¹⁵ Mengingat investasi asing sektor pertambangan juga merupakan bagian dari regime internasional, maka perlindungan investor asing juga telah dituangkan dalam bentuk *Bilateral Investment Protection Treaties* (BITs) dalam upaya untuk mencegah risiko non ekonomis, termasuk *regulatory risk* dan untuk meningkatkan arus investasi asing bagi *host states*.¹⁶ Bentuk perjanjian bilateral lainnya adalah *Trade and Investment Framework Agreement* (TIFA), *Economic Partnership Agreement* (EPA) dan *Bilateral Free Trade Agreement* (BFTA).

Selain itu, ada pula perjanjian regional yang juga mengatur tentang investasi asing, diantaranya adalah : *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), *European Union, Energy Charter Treaty* (OECU). Bahkan, investasi juga diatur di dalam berbagai perjanjian multilateral, seperti : *World Trade Organization* (WTO), *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), *General Agreement on Trade and Services* (GATS), dan *Trade Related Investment Measures* (TRIMS), *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), *Organization for Economic Co-operation and Development* (OECD).

¹⁵ *Ibid.* Lihat juga Cotula, Lorenzo (2010) *Investment Contract and Sustainable Development: How to make contract for fairer and more sustainable natural resource investments*, International Institute for Environment and Development, United Kingdom (UK).

¹⁶ Wahle, Thomas (1999) *The Effectiveness of International Law Discipline, Rules and Treaties in Reducing the Political and Regulatory Risks for Private Foreign Direct Investment in Developing Countries*, CEPRIL Journal, Volume 5, available at : <http://www.dundee.ac.uk/cepriljournal/article.php?id=5&article=5-5.html>.

Indonesia, sebagai salah satu negara ASEAN juga telah menandatangani beberapa perjanjian perdagangan bebas (*Free Trade Agreement*) dengan beberapa negara secara internasional.³⁷ Berbagai FTA yang telah ditandatangani dan yang masih dalam proses (pra negosiasi) tersebut diantaranya adalah : ASEAN *Free Trade Agreement* (AFTA), *Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement* (EPA), ASEAN - China FTA, ASEAN - Korea FTA, ASEAN - India FTA, ASEAN - Australia-New Zealand FTA, ASEAN - European Union (EU) FTA, dan Indonesia - the United States of America FTA.³⁸

Terdapat beberapa prinsip-prinsip dasar yang dapat mendukung terbentuknya kepercayaan (*trust*) bagi investor asing untuk menanamkan modalnya di suatu negara (*host states*). Prinsip-prinsip yang mengandung *safe guard* bagi investor asing tersebut diantaranya adalah :

1. *Equal Treatment*, yaitu investor domestik maupun asing diperlakukan secara sama (*equal*) di hadapan hukum, berhak untuk mendapat kesempatan yang sama, investor asing harus diperlakukan secara sama tanpa memperhatikan negara asalnya, kecuali jika terdapat *privilege* melalui perjanjian investasi bilateral dengan Indonesia.
2. Nasionalisasi dan *Expropriation* yaitu adanya jaminan bahwa pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi terhadap aset (*proprietary rights*) milik investor.
3. Transfer dan Repatriasi, yaitu investor asing mempunyai hak untuk mentransfer asetnya kepada pihak lain yang dikehendaki.

³⁷ Salamudin, Daeng, *Investment in Indonesia, Neocolonialism and Its Destination to People Economy*, website : <http://www.investasi-indonesia.com>, h. 6, diakses tanggal 10 Oktober 2013.

³⁸ Ibid.

Semakin populemya pembentukan perjanjian investasi internasional baik regional maupun bilateral yang berisi klausula-klausula standard yang *uniform* dan selalu diperjanjikan dalam perjanjian investasi bilateral (*Bilateral Investment Treaty/BIT*) sehingga ada yang beranggapan bahwa klausula-klausula yang biasa diperjanjikan tersebut dianggap sebagai suatu hukum kebiasaan internasional (*international customary law*). Sedangkan pendapat yang lain menyatakan bahwa perjanjian investasi bilateral (*BIT*) tidak menciptakan norma hukum internasional, mengingat *BIT* merupakan hasil dari suatu kesepakatan yang didasarkan pada posisi tawar yang tidak seimbang (*unequal bargaining powers on a take it or leave it basis*).³⁹ Oleh karena itu diperlukan adanya perlindungan yang seimbang terhadap kepentingan publik dan private (*comprehensive balancing and judicial protection of public and private rights and obligations*).⁴⁰ Dalam pelaksanaan investasi yang melibatkan negara (*state*), pada prinsipnya terjadi *competing interests* antara *private interests* pihak investor dan *public interests* (kepentingan umum) dari *host state* (negara tuan rumah). Oleh karena itu, perlu adanya perlindungan yang seimbang antara hak dan kewajiban yang dimiliki oleh investor maupun negara (*host state*), terutama menyangkut perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia (*human rights*) dari masyarakat lokal yang terkena dampak negatif usaha pertambangan dan peningkatan kualitas hidup/ekonomi masyarakat lokal. Oleh karena itu, isi dari suatu traktat investasi internasional harus diartikan akan

³⁹ Neo Schrijver, Op.cit. h. 192. Pendapat ini dipertajam oleh Sonangala dan Lowduy.

⁴⁰ Ernst Ulrich Petersmann, *State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: From Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?*, dalam buku *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Wenhua Shan, Penelope Simons dan Dalvinder Singh (editor), Hart Publishing, UK, 2008, h. 55-56.

diinterpretasikan secara holistik dengan memperhatikan prinsip keseimbangan perlindungan kepentingan investor dan *host state*, khususnya yang berkaitan dengan hak-hak masyarakat lokal.⁴¹

"... the need for holistic treaty interpretation balancing intergovernmental rights and obligations with broader constitutional principles; ... a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose, constitutes one holistic rule..."⁴²

⁴¹ Ibid. h. 56.

⁴² Ibid.

BAB II

REGULATORY RISK DAN HUKUM PERTAMBANGAN DI INDONESIA

1. REZIM PENGATURAN INVESTASI ASING SEKTOR PERTAMBANGAN DI INDONESIA

Rezim pengaturan investasi sektor pertambangan merupakan serangkaian peraturan (*rules*) yang dikeluarkan baik oleh badan legislatif maupun badan eksekutif untuk mengatur hubungan antara negara, investor dan masyarakat lokal dalam kaitannya dengan pengelolaan sumber kekayaan alam di sektor pertambangan.

Regulatory regime governing foreign mining investment can be characterized as a set of rules promulgated by legislative and executive power in order to regulate the relationship between the state, investors and locals with regard to mineral resources and reserves."

Rezim pengaturan di bidang industri pertambangan mencerminkan kebijakan-kebijakan pembentuk undang-undang yang mengatur sektor pertambangan. Dengan kata lain, rezim pengaturan sektor pertambangan ini merupakan bagian integral dari *governance infrastructure* yang mencakup bidang politik, institusional (kelembagaan) dan hukum yang berlaku di suatu negara tertentu.⁴³ Kerangka hukum pengaturan investasi asing di bidang

⁴³ Vito, Vlado, *op cit.* h. 11.

⁴⁴ Ibid.

pertambangan sangat dipengaruhi oleh kebijakan pemerintah suatu negara. Kualitas rezim pengaturan investasi pertambangan mempunyai pengaruh yang signifikan terhadap keputusan investor untuk menanamkan modalnya di suatu negara. Semakin rendah tingkat kemudahan pengaturan investasi dapat mengakibatkan penurunan arus investasi asing (*FDI inflow*)

Definisi rezim pengaturan investasi sektor pertambangan di Indonesia sangatlah luas karena mencakup berbagai bentuk peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur di dalam Tap MPR No. III/MPR/2000 yang mencakup legislasi, termasuk dan tidak terbatas pada UUD 1945, Undang-Undang sebagaimana, termasuk pula *delegated legislation* seperti Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, dan Peraturan Daerah. Oleh karena itu, rezim pengaturan (*regulatory regime*) sektor pertambangan di Indonesia tidak hanya berkaitan dengan produk legislatif semata, tetapi termasuk juga berbagai regulasi yang dikeluarkan oleh badan eksekutif. Bahkan, kompleksitas pengaturan rezim pertambangan di Indonesia semakin tinggi dengan adanya desentralisasi sejalan dengan pemberian kewenangan daerah di sektor pertambangan berdasarkan Pasal 7 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batu Bara (selanjutnya disebut dengan UUMinerta). Akibatnya, regulasi di tiap provinsi maupun kabupaten juga mempunyai peran yang sangat signifikan di sektor pertambangan. Adanya kewenangan pemerintah pusat maupun pemerintah daerah dan kabupaten telah ditegaskan di dalam Undang-Undang Minerta.⁴² Luasnya rezim pengaturan industri pertambangan pada akhirnya akan mengakibatkan

⁴² Lihat Pasal 6 dan 7 Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batu Bara.

inkonsistensi, tumpang tindih (*overlap*), ketidakpastian hukum atau bahkan pengaturan yang saling kontradiksi antara regulasi yang dikeluarkan oleh pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Pada akhirnya kondisi ini akan meningkatkan risiko (*regulatory risk*) bagi para investor di sektor pertambangan.

Dari perspektif sistem hukum di Indonesia, peran pemerintah pusat dan pemerintah daerah sebagai penentu kebijakan di sektor pertambangan sangat menentukan. Sebagai negara yang menganut *civil law system*, hukum di Indonesia dapat dikategorikan sebagai *'policy based legislation'*⁴³, yaitu aturan undang-undang hanya mengatur hal-hal secara umum sehingga terbuka kemungkinan adanya interpretasi yang sangat luas.⁴⁴ Dalam konteks ini, unsur politik dan sosial sangat mempengaruhi hukum pertambangan di Indonesia. Hal ini mengakibatkan adanya konflik antara fleksibilitas dan kepastian hukum yang berkenaan dengan pelaksanaan rezim pengaturan di sektor pertambangan. Khususnya, jika suatu ketentuan di dalam undang-undang terlalu luas, kabur, ambigu atau kontradiksi, hal-hal tersebut dapat membuka kemungkinan adanya kewenangan diskresi (*discretionary power*) dari aparat penegak hukum (*legal authorities*). Tingginya tingkat kewenangan diskresi dalam menginterpretasikan isi suatu peraturan perundang-undangan akan mengarah pada tingginya tingkat informalitas yang akan mempengaruhi tingkat kepastian hukum pada rezim pengaturan industri pertambangan di Indonesia.

Berdasarkan Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, pada prinsipnya bumi dan air dan semua kekayaan alam yang terkandung di

⁴³ Sarja, Dentoeng, *op cit*, h. 10.

⁴⁴ *Ibid*

dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Dengan kata lain, kekayaan alam termasuk bahan tambang yang terkandung di bumi Indonesia merupakan milik dari rakyat Indonesia, sedangkan negara hanya mempunyai hak untuk mengelola kekayaan alam tersebut untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 merupakan nilai filosofis yang menjadi dasar fundamental dalam pengaturan industri pertambangan di Indonesia. Landasan filosofis ini selanjutnya diperegas di dalam UU Minerba yang menyatakan :

"Mineral dan batu bara yang terkandung dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia merupakan kekayaan alam tak terbarukan sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa yang mempunyai peranan penting dalam memenuhi hajat hidup orang banyak, karena itu pengelolaannya harus dikuasai oleh negara untuk memberi nilai tambah secara nyata bagi perekonomian nasional dalam usaha mencapai kemakmuran dan kesejahteraan rakyat secara berkeadilan."¹⁶

Negara merupakan wakil dari rakyat Indonesia yang bertugas untuk mengatur eksplorasi dan eksploitasi atas sumber daya alam yang ada di Indonesia. Oleh karena itu, negara tidak mempunyai hak untuk mengalihkan atau mentransfer sumber daya alam kepada investor. Berdasarkan amanat Pasal 33 ayat (3) UUD 1945, eksplorasi dan eksploitasi sumber-sumber mineral di Indonesia harus ditujukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Negara hanya mempunyai hak untuk memberikan izin terhadap investor.¹⁷

¹⁶ Salim HS, *Hukum Pemeliharaan Segelata Pertambangan di Indonesia*, Pustaka Reka Cipta, Bandung, 2011, h. 66.

¹⁷ Konsep ini harus dibedakan dari kepemilikan negara atas sumber-sumber mineral. Pada sistem hukum ini, sumber daya mineral dimiliki oleh negara.

Penguasaan negara atas sumber daya minyak dan gas bumi juga ditegaskan di dalam Pasal 4 (1) Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi (selanjutnya disebut dengan UEMigas) yaitu minyak dan gas bumi sebagai sumber daya alam strategis tak terbarukan yang terkandung di dalam wilayah hukum pertambangan Indonesia merupakan kekayaan nasional yang dikuasai negara. Kondisi ini tentu saja akan mengarah pada kontrol negara yang sangat besar terhadap industri pertambangan di Indonesia. Bahkan negara/pemerintah melalui suatu regulasi mempunyai kewenangan diskresi untuk memberikan preferensi kepada investor lokal daripada investor asing.

Rezim regulasi di bidang investasi pertambangan semakin kompleks dengan adanya kewenangan pemerintah daerah dalam kerangka otonomi daerah. Hal ini tentu saja akan meningkatkan risiko (*regulatory risk*) bagi investor sebab masing-masing pemerintah daerah mempunyai kewenangan untuk menerbitkan regulasi sektor pertambangan yang seharusnya hukum harus menciptakan kepastian (*certainty*), dapat diprediksi (*predictability*) dan keadilan (*fairness*). Akibatnya, permasalahan menyangkut adanya duplikasi dan kontradiksi pengaturan pertambangan antara pemerintah pusat, provinsi maupun kabupaten seringkali terjadi.

2. KERANGKA HUKUM INVESTASI ASING SEKTOR PERTAMBANGAN DI INDONESIA

Secara umum, perlindungan pelaksanaan investasi asing di Indonesia telah diatur di dalam Pasal 3 jo Pasal 4 sampai Pasal 8 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman

Modal (selanjutnya disebut dengan UUPM). Kebijakan dasar penanaman modal bahwa Pemerintah menjamin kepastian hukum, kepastian berusaha dan keamanan berusaha bagi penanam modal sejak pengurusan perizinan sampai dengan berakhirnya kegiatan penanaman modal sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.¹⁰ Bahkan lebih lanjut ditegaskan bahwa Pemerintah memberi perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional.¹¹ Jika dicermati dari ketentuan tersebut, maka kalimat yang berbunyi "...dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional" menunjukkan bahwa kerangka kebijakan maupun regulasi di bidang penanaman modal bisa berubah jika kepentingan nasional menghendaki. Konsep ini juga merupakan perwujudan dari prinsip kedaulatan negara atas sumber daya alam (*natural resources*) sebagaimana ditegaskan di dalam Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 sebagai dasar filosofis kebijakan ekonomi nasional Indonesia.

Prinsip *'permanent sovereignty over natural resources'* juga berpengaruh terhadap kerangka hukum pertambangan di Indonesia. Bahkan hukum pertambangan telah berevolusi dan mengalami perubahan yang sangat fundamental, terutama setelah dikeluarkannya Undang-Undang Minerba. Posisi negara yang lemah dalam UU No.11/1967 inilah yang berusaha untuk dirubah oleh pemerintah dan DPR melalui UU Minerba. Akibatnya, telah terjadi perubahan rezim dalam tata kelola industri tambang mineral dan batubara nasional yang bersifat sangat fundamental, yaitu dari rezim kontrak/perjanjian diubah

¹⁰ Lihat Pasal 4 ayat 2 dan 3 UU PML.

¹¹ Lihat Pasal 1 ayat 2 dan 3 UUPM.

menjadi rezim perizinan. Oleh karena itu, dengan diundangkannya UU Minerba maka istilah-istilah seperti KK (Kontrak Karya), PKP2B (Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara dan KP (Kuasa Pertambangan) diganti menjadi Izin Usaha Pertambangan (selanjutnya disebut dengan IUP). Adapun bentuk IUP dihedakan menjadi 2 (dua) tahap yaitu IUP Eksplorasi (penyelidikan umum, eksplorasi dan studi kelayakan) dan IUP Operasi Produksi (konstruksi, penambangan, pengolahan dan pemurnian, serta pengangkutan dan penjualan).¹² Demikian juga di dalam bidang pertambangan minyak dan gas bumi, kegiatan eksplorasi dan eksploitasi (kegiatan usaha hulu) dilakukan dengan melalui mekanisme Kontrak Kerjasama antara pihak investor dengan pihak pemerintah yang dalam hal ini diwakili oleh Badan Pelaksana (BP Minyak dan Gas Bumi), yang sangat berbeda dengan sistem konsesi.¹³ Namun dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 36/PUC-X/2012 yang menyatakan bahwa Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (BP Migas) bertentangan dengan UUD 1945 (InsKonstitusional), akhirnya BP Migas dibubarkan dan dihentuklah Satuan Kerja Khusus Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (SKK Migas).¹⁴

Secara historis, rezim pertambangan di Indonesia telah dimulai sejak masa penjajahan Belanda berdasarkan *Indische*

¹² Lihat Pasal 36 UU Minerba.

¹³ Lihat Pasal 11 ayat (1) UU Migas.

¹⁴ Lihat Peraturan Presiden Nomor 95 Tahun 2012 tentang Pengalihan Pelaksanaan Tugas dan Fungsi Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi dan Peraturan Presiden Nomor 9 Tahun 2013 tentang Penyelenggaraan Pengelolaan Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (Perpres SKK Migas). Lihat juga Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral RI Nomor 9 Tahun 2013 tentang Organisasi dan Tata Kerja SKK Migas.

Mijn Wer 1899 yang telah diadakan perubahan pada tahun 1904 dan 1918. Namun, hukum pertambangan produk kolonial ini memunculkan iklim investasi yang bertentangan dengan filosofi Pasal 33 UUD 1945 mengingat sebagian besar keuntungan dari sektor ini hanya dinikmati oleh pemerintah kolonial Belanda dan tidak menunjang pengembangan masyarakat lokal secara sosio ekonomi. Berdasarkan Pasal 5 (a) *Indische Mijn Wet* (selanjutnya disebut IMW). Pemerintah Hindia Belanda berwenang untuk melakukan eksplorasi dan eksploitasi serta mengadakan kerjasama dengan perusahaan minyak dengan sistem konsesi (*concession authority*).⁵⁰

Dengan sistem konsesi, perusahaan pertambangan tidak hanya diberikan kuasa pertambangan, tetapi diberikan pula hak menguasai hak atas tanah.⁵¹

Berdasarkan sistem konsesi ini, keuntungan hanya diperuntukkan bagi pemerintah Hindia Belanda, sedangkan pemerintah Indonesia tidak mendapat pembagian yang setimpal atas operasi minyak asing menurut perjanjian konsesi dan peraturan perpajakan yang berlaku.⁵² Hal ini terbukti dengan adanya hasil penelitian DPR yang menunjukkan bahwa beberapa ladang minyak di Sumatera Utara dapat dinasionalisasi dengan pembayaran ganti rugi.⁵³ IMW merupakan perangkar hukum yang dijadikan sebagai upaya untuk mengukuhkan penguasaan pemerintah Belanda terhadap bahan galian yang bernilai ekonomis tinggi dan strategis.⁵⁴ Oleh karena itu, lahirnya Undang-Undang

Nomor 37 Prp Tahun 1960 tentang Pertambangan (selanjutnya disebut dengan UU 37/Prp/1960) merupakan upaya untuk menggantikan IMW.⁵⁵ Berdasarkan UU pertambangan 1960, sistem konsesi diubah dengan Kuasa Pertambangan.⁵⁶ Lebih lanjut, Kuasa Pertambangan lebih dipertegas dan dipersempit pelaksanaannya berdasarkan Undang-Undang Nomor 44 Prp Tahun 1960 (selanjutnya disebut dengan UU 44/Prp/1960) yang mana Kuasa Pertambangan Minyak dan Gas Bumi dilaksanakan oleh negara, dengan perusahaan negara sebagai pelaksana atau pemegang kuasa pertambangan.⁵⁷ Akibatnya, dengan adanya UU 44/Prp/1960 tidak ada lagi perusahaan pertambangan asing yang mempunyai hak pertambangan atas wilayah Indonesia, dan hanya perusahaan negara yang mempunyai hak tersebut.⁵⁸ Keterlibatan kontraktor asing hanya dimungkinkan jika negara tidak mempunyai kemampuan teknologi maupun permodalan melalui Kontrak Karya dimana perusahaan pertambangan asing bertindak sebagai kontraktor perusahaan negara.⁵⁹ Akibatnya, beberapa perusahaan pertambangan asing dengan adanya UU 44/Prp/1960 seluruh aset perminyakan dan gas bumi yang sudah terikat dengan kontrak karya kembali dikuasai negara yang pengelolaannya dilakukan melalui perusahaan negara, yaitu PN Pertamina (kepemilikan Pemerintah dan *Shell*).⁶⁰ Sejak dikeluarkannya UU Nomor 8 Tahun 1971, Pertamina berubah menjadi satu-satunya perusahaan negara pemegang Kuasa Pertambangan di Indonesia. Berdasarkan UU No. 8/1971, Pertamina dapat mengadakan kerjasama dengan

⁵⁰ Adrian Sutedi, op.cit., h. 50.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid., h. 51.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., h. 53.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid., h. 51.

⁵⁷ Lihat Pasal 3 UU 44/Prp/1960.

⁵⁸ Adrian Sutedi, op.cit., h. 54.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid., h. 55. Lihat juga PP Nomor 1 Tahun 1961.

pihak lain dalam bentuk kontrak *production sharing* (kontrak bagi hasil) dengan syarat tertentu dan berlaku setelah disetujui Presiden untuk kemudian diberitahukan kepada DPR.¹⁶ Namun dengan dikeluarkannya UU Nomor 22 Tahun 2001 tentang Migas, negara tetap sebagai penguasa atas migas tetapi pelaksanaannya dilakukan oleh pemerintah sebagai pemegang kuasa pertambangan.¹⁷ Kuasa pertambangan adalah wewenang yang diberikan negara kepada pemerintah untuk menyelenggarakan kegiatan eksplorasi dan eksploitasi.¹⁸ Konsep ini berbeda dengan pengaturan di dalam UU No. 44/Pip/1960, dimana yang memegang kekuasaan pertambangan adalah perusahaan negara yaitu Pertamina.¹⁹ Meskipun kegiatan hulu (eksplorasi dan eksploitasi) dilakukan melalui kontrak kerja sama²⁰, namun kepemilikan sumber daya alam tetap berada di tangan pemerintah dengan pembagian keuntungan yang lebih besar bagi negara untuk dipergunakan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.²¹

Setelah masa kemerdekaan, pemerintah mengeluarkan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Hukum Pertambangan (selanjutnya disebut dengan UU Pertambangan 1967). Berdasarkan Bab V, Pasal 15 UU Pertambangan 1967, ijin pertambangan disebut dengan "Kuasa Pertambangan" (KP) hanya dapat diberikan kepada perusahaan nasional sebagai perwujudan semangat nasionalisme setelah masa penjajahan Belanda.

¹⁶ Lihat Pasal 12 UU No. 8 Tahun 1971.

¹⁷ Lihat Pasal 4 ayat 1 dan ayat 2 UU No. 22 Tahun 2001 tentang Migas.

¹⁸ Lihat Pasal 1 angka 5 U.U. No. 22 Tahun 2001 tentang Migas.

¹⁹ Adrianus Sutedi, *op.cit.*, h. 59.

²⁰ Lihat Pasal 6 ayat 1 UU. No. 22 Tahun 2001 tentang Migas.

²¹ Lihat Pasal 6 ayat 2 dan Pasal 1 angka 19 UU No. 22 Tahun 2001 tentang Migas.

Perusahaan milik asing tidak diberikan ijin untuk melakukan eksplorasi dan eksploitasi pertambangan di Indonesia. Larangan ini secara tegas dituangkan di dalam Pasal 12 UU Pertambangan 1967 yang menyatakan bahwa pemegang ijin pertambangan harus Warga Negara Indonesia (WNI). Hal ini menunjukkan bahwa kepemilikan atas ijin pertambangan (KP) hanya terbatas diberikan kepada WNI sedangkan perusahaan asing tidak dapat memperoleh ijin pertambangan. Hanya jika eksplorasi pertambangan tidak dapat dilakukan oleh perusahaan nasional dikarenakan keterbatasan kemampuan teknologi, pemerintah dapat menunjuk perusahaan asing melalui pembentukan Kontrak Karya dimana pemerintah Indonesia melakukan kontrak dengan investor nasional/asing untuk melakukan eksplorasi dan eksploitasi pertambangan di Indonesia.²² Berdasarkan sistem Kontrak Karya (*Contract of Work/CoW*) dan Kontrak Karya Batu Bara (*Coal Contract of Work/CCoW*), perusahaan atau investor asing dapat melakukan usaha pertambangan di Indonesia. Namun, untuk dapat melakukan sistem Kontrak Karya dalam rangka melakukan usaha pertambangan, investor asing harus membentuk perusahaan PMA yang dibentuk berdasarkan hukum Indonesia. Meskipun kondisi ini di satu sisi menunjukkan iklim restriktif dan nasionalisme terhadap iklim investasi pertambangan di era tahun 1967-an²³, namun disisi lain masih terdapat ideologi kapitalistik yang mendasari implementasi neo liberalisme investasi pertambangan khususnya terkait dengan sistem Kontrak Karya di masa Orde Baru. Model Kontrak Karya antara Pemerintah Indonesia dan perusahaan/investor asing merupakan cerminan implementasi neoliberalisme industri

²² Lihat Pasal 10 (1) Undang-Undang No. 11 Tahun 1967 tentang Pertambangan.

²³ *Ibid*.

pertambangan sebab perusahaan pertambangan asing mendapat jaminan sepenuhnya dari Pemerintah terhadap risiko politik maupun perubahan peraturan perundang-undangan, termasuk dan tidak terbatas pada jaminan tidak akan mengalami nasionalisasi, klaim hak milik atas wilayah pertambangan, terbebas dari ancaman pembatalan kontrak dan aturan rigid di bidang perpajakan.¹² Akibatnya, perusahaan asing dapat melakukan akumulasi kapital tanpa harus mendapat gangguan. Sebagai contoh Kontrak Karya antara Pemerintah Indonesia dengan PT *Freeport Mc Moran* yang mana pemerintah memberikan berbagai kemudahan yang menguntungkan pihak investor dengan mengabaikan kepentingan masyarakat lokal sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 33 UUD 1945. Bahkan, draft Kontrak Karya ditentukan dan dikuat sepihak oleh pihak *Freeport* sehingga lebih memberikan posisi ekonomi yang lebih menguntungkan investor asing dengan mengorbankan kesejahteraan ekonomi dan sosial masyarakat lokal.¹³

Kebijakan penanaman modal asing, khususnya di sektor pertambangan sebagaimana tertuang di dalam UU Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal dan UU Nomor 11 Tahun 1967 telah memberikan paket kebijakan ekonomi yang sangat menguntungkan bagi para investor asing.¹⁴ Bahkan kedua paket kebijakan ekonomi ini dapat dikatakan sebagai tonggak lahirnya liberalisasi ekonomi di bidang investasi pertambangan yang

¹² Anonim, Liberalisasi Investasi di Indonesia 11, Kompasiana, 17 Februari 2013, dapat diakses di: <http://politik.kompasiana.com/2013/02/17/liberalisasi-investasi-di-indonesia-57570.html>, h. 2

¹³ Ibid.

¹⁴ Tulus, Kepentingan Amerika, Indonesia, Belanda dan PBB Kronis Pelanggaran HAM di Papua, Kompasiana, dapat diakses di: <http://politik.kompasiana.com/2011/08/15/kepentingan-amerika-indonesia-belanda-dan-pbb-kronis-pelanggaran-ham-di-papua-383738.html>, h. 1

berakibat masuknya perusahaan multinasional (*Multinational Corporations*) ke Indonesia, diantaranya adalah PT *Freeport Mc Moran (Gold and Copper, Exxon-Mobil, Rio Tinto, Newmont, Diach-Shell, Conoco Oil, Petro China*.¹⁵ Salah satu bentuk liberalisasi kebijakan ekonomi ini nampak di dalam sistem Kontrak Karya dalam industri pertambangan, khususnya tambang mineral dan batu bara. Dengan lahirnya sistem Kontrak Karya telah mengurangi kewenangan Pemerintah sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 33 UUD 1945 yang memuat politik ekonomi nasional. Pihak Pemerintah yang diposisikan sebagai kontraktan mempunyai kewajiban untuk melaksanakan isi kontrak berdasarkan prinsip '*pacta sunt servanda*' meskipun sebenarnya kontrak yang disepakati merupakan produk dari adanya kedudukan yang tidak seimbang (*unequal bargaining power*) antara para pihak.

Sejak diundangkannya Undang-Undang Minerba, pemerintah telah mengubah sistem kontrak karya menjadi sistem perizinan sehingga lebih memperkuat posisi Pemerintah sebagai pengelola sumber daya mineral berdasarkan amanat Pasal 33 (3) UUD 1945. Namun, Pemerintah juga membuka peluang investasi di bidang pertambangan kepada investor asing maupun lokal, yang merupakan salah satu implikasi era globalisasi. Jika diperbandingkan dengan UU Pertambangan 1967, UU Minerba mengatur tentang sistem terpadu (*unified system*) dalam pemberian ijin pertambangan yang dikenal dengan Ijin Usaha Pertambangan (IUP) dan menghapuskan sistem Kontrak Karya. Ijin Usaha Pertambangan terbuka dan dapat diberikan baik kepada perusahaan/investor nasional maupun investor asing. Namun, sistem keterbukaan terhadap investor asing ini

¹⁵ Ibid.

tidaklah tak terbatas. Undang-Undang mewajibkan investor asing sektor pertambangan untuk melakukan divestasi atas sahamnya kepada Pemerintah Indonesia, pemerintah daerah, BUMN atau perusahaan nasional setelah sepuluh tahun masa produksi.¹⁸ Bahkan, berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Bisnis Pertambangan sebagaimana diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 ditentukan bahwa investor/perusahaan asing sektor pertambangan pemegang IUP (Izin Usaha Pertambangan) wajib melakukan divestasi saham sebesar 51% dalam waktu 5 hingga 10 tahun masa produksi. Ketentuan hukum ini merupakan salah satu upaya pemerintah untuk menghindari kepemilikan oleh perusahaan/investor asing atas industri sektor pertambangan di Indonesia yang dilandasi dengan dasar filosofi sebagaimana diatur di dalam Pasal 33 UUD 1945. Sistem IUP yang diatur di dalam UU Minerba tidak lagi memberikan perlakuan istimewa bagi investor asing, sehingga mereka tidak lagi steril terhadap berbagai risiko politik (*political risk*) maupun risiko perubahan peraturan perundang-undangan (*regulatory risk*) dan kebijakan sektor pertambangan yang berlaku di Indonesia. Hal ini tentu saja berbeda dengan sistem Kontrak Karya sebagaimana diatur di dalam UU Pertambangan 1967 yang mana pemerintah menjadi pihak dalam kontrak yang tentu saja kondisi ini akan mengurangi posisi pemerintah yang notabene mewakili negara di dalam pengelolaan sumber daya mineral untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Di bidang pertambangan minyak dan gas bumi, badan usaha mempunyai kewajiban untuk menyertakan paling banyak 25% bagiannya dari hasil produksi

¹⁸ Lihat Pasal 117 Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batu Bara.

migas untuk memenuhi kebutuhan dalam negeri.¹⁹ Ketentuan ini juga merupakan upaya untuk menghindari kelangkaan migas di dalam negeri sebagai amanat dari Pasal 33 UUD 1945 demi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Jika diuraikan, telah terjadi pergeseran paradigma dalam pengaturan industri pertambangan di Indonesia. Melalui UU Minerba, pemerintah berupaya membuka peluang investasi asing sektor pertambangan di Indonesia, tetapi dengan adanya kewajiban divestasi atas saham melalui penjualan saham kepada pemerintah pusat dan daerah, BUMN dan badan swasta nasional. Kebijakan ini ditujukan untuk menghindari kepemilikan asing atas industri sektor pertambangan di Indonesia. Hal ini tentu saja akan membuka peluang bagi pihak nasional untuk menguasai perusahaan pertambangan nasional. Akibatnya, pada akhirnya sektor pertambangan di Indonesia akan bisa mandiri dan tidak berada di bawah penguasaan investor asing. Selain itu, kebijakan tentang kewajiban untuk melakukan divestasi saham juga memberikan peluang yang sama kepada para investor nasional untuk melakukan bisnis pertambangan. Selain itu, konsesi atas eksploitasi dan eksplorasi pertambangan harus dilakukan dengan proses tender untuk lebih memberikan transparansi, yang tentu saja berbeda dengan sistem Kontrak Karya di masa Orde Baru. UU Minerba juga berupaya untuk mewujudkan pengelolaan tambang yang berorientasi pada pembangunan yang berkelanjutan (*sustainable development*) yaitu dengan adanya penentuan wilayah pertambangan.

¹⁹ Lihat Pasal 22 ayat (3) UU Migas.

Dengan lahirnya UU Minerba, maka telah terjadi pergeseran di dalam pengelolaan sektor pertambangan di Indonesia, yaitu dari rezim kontrak yang mendudukan negara sebagai mitra bisnis menjadi rezim perizinan yang memberikan kewenangan yang lebih pada negara untuk menentukan hak eksplorasi dan eksploitasi atas sumber daya alam di Indonesia.

"...Kuasa Pertambangan (KP) lebih bersifat publik, sedangkan PKP2B atau Kontrak Karya bersifat perdata dan merupakan kesepakatan bersama antara pemerintah dengan kontraktor. Berdasarkan asas *pacta sunt servanda*, asas penghormatan terhadap kontrak meliputi seluruh *terms and conditions* yang tercantum dalam kontrak. Perubahan *terms and conditions* kontrak hanya dimungkinkan apabila didasarkan atas kesepakatan para pihak yang kemudian dituangkan secara resmi dalam bentuk amandemen kontrak."³⁰

Pada prinsipnya, lahirnya UU Minerba merupakan suatu bentuk upaya untuk melindungi kepemilikan atas kekayaan tambang di Indonesia. Sistem Kontrak Karya di sektor pertambangan mineral dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) dan Kuasa Pertambangan (KP) di sektor pengusahaan pertambangan batu bara mendudukan negara dalam posisi yang sangat lemah ketika berhadapan dengan perusahaan multinasional atau investor asing, khususnya dalam hal pembaharuan kontrak, penentuan royalti, perpajakan maupun perlindungan terhadap lingkungan hidup.

Dalam kaitan investasi asing dalam hubungannya dengan kontrak karya atau PKP2B, Indonesia telah meratifikasi *International Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals for other States*

³⁰Adnan Sutedi, op.cit. h. 89.

(ICSID) yang telah diratifikasi melalui UU No. 5 Tahun 1986, sehingga pelanggaran terhadap kontrak kerjasama dengan investor asing berakibat pemerintah dapat digugat di lembaga arbitrase internasional (ICSID).³¹

Melalui dikeluarkannya UU Minerba, maka sistem kontrak karya, PKP2B maupun KP dihapuskan dan diganti dengan Izin Usaha Pertambangan (IUP) sebagaimana diatur dalam Pasal 16 UU Minerba yang terdiri atas dua tahap yaitu : IUP eksplorasi yang meliputi penyelidikan umum, eksplorasi dan studi kelayakan dan IUP Operasi Produksi yang mencakup konstruksi, penambangan, pengelolaan dan pemurnian serta pengangkutan dan penjualan. Dalam rezim perizinan, negara sebagai pengelola sumber daya alam menduduki posisi yang lebih kuat dibandingkan dengan investor/perusahaan tambang, mengingat negara mempunyai kewenangan untuk menerapkan sanksi administratif mulai dari penghentian sementara kegiatan tambang bahkan pencabutan IUP sebagaimana diatur di dalam Pasal 151 ayat (2) UU Minerba.

Tabel 1 berikut ini merupakan identifikasi perubahan yang telah dilakukan oleh pemerintah dalam rezim pengaturan investasi sektor pertambangan beserta implikasinya terhadap kebijakan pertambangan di Indonesia

³¹ Ibid., h. 89.

Table 1.

[illegible][illegible]

8.	Peraturan Pemerintah No. 45 Tahun 2010 tentang Pengembangan dan Pengawasan Manajemen Pelaksanaan Kegiatan Pertambangan Mineral dan Batu Bara	PP ini memberikan pedoman pengawasan dan pembinaan Kegiatan Pertambangan di tingkat nasional/provinsi dan kabupaten.
12.	Undang-Undang No. 12 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup, Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 1999 tentang Analisis Dampak Lingkungan (AMDAL), Peraturan Pemerintah No. 78 Tahun 2010 tentang Kebijakan dan Aksi Lingkungan	Mengatur tentang perlindungan lingkungan hidup dalam pelaksanaan eksploitasi pertambangan.
16.	Undang-Undang No. 12 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal	Mengatur tentang pelaksanaan penanaman modal di Indonesia.
17.	Undang-Undang No. 11 Tahun 1999 tentang Kehutanan	Luas area pelaksanaan pertambangan di kawasan hutan lindung selang seling kawasan area pelaksanaan pertambangan.

Berdasarkan tabel 1 di atas, nampak jelas bahwa legislasi yang mengatur tentang investasi sektor pertambangan sangatlah luas, tidak hanya mengacu pada peraturan yang terkait langsung dengan pelaksanaan pertambangan, tetapi juga berkaitan dengan masalah perlindungan lingkungan hidup maupun masalah kehutanan, khususnya yang berkaitan dengan perlindungan kawasan hutan lindung. Akibatnya, seringkali terjadi pertentangan antara regulasi sektor pertambangan dengan regulasi di bidang lingkungan hidup maupun sektor kehutanan. Luasnya rezim pengaturan industri pertambangan semakin kompleks dengan adanya kewenangan desentralisasi yang memberikan kewenangan pemerintah daerah baik provinsi maupun kabupaten dalam pengelolaan sektor pertambangan. Berdasarkan UU Minerba, pemerintah pusat maupun pemerintah daerah mempunyai kewenangan untuk menerbitkan ijin pertambangan. Bahkan, industri pertambangan juga merupakan sektor yang secara tidak langsung terkait pula dengan masalah pelaksanaan investasi/penanaman modal maupun perlindungan lingkungan hidup dan perlindungan kawasan hutan

mengingat pelaksanaan eksplorasi dan eksploitasi pertambangan cenderung menimbulkan dampak terhadap lingkungan hidup.

Struktur pengaturan yang kompleks di sektor pertambangan juga menjadi faktor penyebab tingginya *regulatory risk* di sektor industri pertambangan di Indonesia.

In terms of mining regulation, there is a main central government law that sets out the general provisions on mining, which is implemented by further regulations through delegated legislations such as government, presidential, ministerial and regional regulations.⁸²

Regulasi sektor pertambangan tidak hanya diatur di dalam bentuk undang-undang, namun implementasi atas peraturan perundang-undangan tersebut juga dituangkan dalam bentuk *delegated legislations* sebagai pedoman pelaksanaan (*implementing regulation*), seperti peraturan presiden, peraturan menteri maupun peraturan daerah. Sumber kebijakan/regulasi yang bersifat non sentralistik cenderung akan menimbulkan berbagai risiko, diantaranya masalah ketidakjelasan pengaturan (*clarity*), kepastian hukum (*legal certainty*), ketidakpastian kemampuan penegakan peraturan perundang-undangan (*capacity*) dan efisiensi, kejujuran transparansi dan akuntabilitas dalam sistem regulasi dan rendahnya kapabilitas pengaturan.⁸³ Eksistensi berbagai badan pembentuk kebijakan (*regulatory bodies*) dan tidak adanya *single authority* yang mengatur sektor pertambangan juga mengakibatkan tingginya tingkat *regulatory risk*. Pengaturan

⁸² Dewi Kirana and Roben Reid, *Mining in 35 Jurisdictions in the World (Indonesia)*, 2011, dapat diakses di: <http://www.scribd.com/doc/46111111/Indonesia.pdf>, h. 82, diakses pada tanggal 19 Oktober 2013.

⁸³ Vito Vlado, *op cit*, h. 12.

sektor pertambangan di Indonesia melibatkan berbagai badan (*legal authorities*), diantaranya : menteri Sumber Daya Mineral dan Energi, Direktorat Jenderal Mineral dan Batu Bara, pemerintah daerah (propinsi dan kabupaten), Badan Koordinasi Penanaman Modal, Menteri Kehutanan dan Lingkungan Hidup, yang masing-masing mempunyai kewenangan untuk menentukan kebijakan pengaturan/regulasi sektor pertambangan, baik yang terkait langsung maupun tidak langsung. Sebagai akibat kompleksitas pengaturan sektor industri pertambangan di Indonesia, semakin tinggi pula tingkat risiko (*regulatory risk*) yang dihadapi oleh investor asing maupun lokal.

3. INVESTASI ASING SEKTOR PERTAMBANGAN DAN OTONOMI DAERAH

Pelaksanaan penanaman modal asing sektor pertambangan semakin kompleks sejak era otonomi daerah, yaitu sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, (selanjutnya disebut UU Pemerintahan Daerah) Pasal 11 ayat (2) UU Pemerintahan Daerah tersebut menegaskan bahwa bidang pemerintahan yang wajib dilaksanakan oleh daerah kabupaten dan daerah kota meliputi pekerjaan umum, kesehatan, pendidikan dan kebudayaan, pertanian, perhubungan, industri dan perdagangan, penanaman modal, lingkungan hidup, pertanahan, koperasi dan tenaga kerja. Lebih lanjut, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang menggantikan UU No. 22 Tahun 1999, Mengatur bahwa urusan pemerintah di bidang (1) politik luar negeri, (2) pertahanan, (3) keamanan, (4) yustisi, (5) moneter dan (6) fiskal nasional, merupakan

kewenangan dari pemerintah, sedangkan kewenangan untuk menangani urusan pemerintahan lainnya, termasuk administrasi penanaman modal, akan dibagi antara pemerintah, pemerintah daerah propinsi, dan pemerintah daerah kabupaten atau kota.³⁴

Selanjutnya, pengaturan mengenai pembagian kewenangan pusat dan daerah dalam urusan penanaman modal diatur pula di dalam UUPM, khususnya Pasal 30 tentang penyelenggaraan urusan penanaman modal dengan memberikan pembatasan sebagaimana diatur di dalam Pasal 30 ayat (7) bahwa dalam urusan pemerintahan di bidang penanaman modal yang menjadi wewenang pemerintah adalah diantaranya penanaman modal terkait dengan sumber daya alam yang tidak terbanakan dengan tingkat risiko kerusakan lingkungan yang tinggi. Di dalam Pasal 30 ayat (8) UUPM, ditegaskan bahwa dalam urusan pemerintahan di bidang penanaman modal yang menjadi kewenangan pemerintah sebagaimana dimaksud pada ayat (7), pemerintah menyelenggarakannya sendiri, melimpahkannya kepada gubernur selaku wakil pemerintah, atau menugasi pemerintah kabupaten/ kota.³⁵ Lebih lanjut, di bidang pertambangan mineral, dengan lahirnya Undang Undang Nomor 4 Tahun 2009, Bab IV tentang Kewenangan Pengelolaan Pertambangan Mineral dan Batubara (Minerba) khususnya Pasal 6, Pasal 7 dan Pasal 8 mengatur pembagian kewenangan pengelolaan pertambangan mineral dan batubara menjadi 3 (tiga), yaitu kewenangan pemerintah pusat;

³⁴David Kalomijan, *Aspek Hukum Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Lexana, 1993, h. 36-37.

³⁵ Lihat Pasal 30 ayat (8) Undang-Undang Nomor 38 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang selanjutnya diatur di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintah Daerah Propinsi, dan Pemerintah Daerah Kabupaten/ Kota.

kewenangan pemerintah propinsi, dan kewenangan pemerintah kabupaten. Jika dicermati, UU Minerba lebih memperjelas kewenangan pengelolaan pertambangan, khususnya memberikan kewenangan kepada pemerintah daerah propinsi dan pemerintah kabupaten/kota untuk mengeluarkan izin pertambangan di wilayahnya. Kewenangan ini secara tidak langsung juga akan memberikan kesempatan yang sama kepada pemerintah daerah untuk meningkatkan pendapatan daerahnya melalui pengusahaan sektor pertambangan di daerah yang pada akhirnya juga akan meningkatkan kesejahteraan rakyat di daerah (masyarakat lokal).

Namun, yang perlu dicermati adalah bahwa pemberian kewenangan kepada daerah jika tidak diikuti dengan penerapan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) maupun *good governance* dengan memperhatikan beberapa prinsip antara lain (1) prinsip keterbukaan dan transparansi; (2) partisipasi masyarakat; (3) tanggung jawab (*accountability*); (4) supremasi hukum (*rule of law*); (5) efisiensi dan efektivitas; (6) profesionalisme dan kompetensi; (7) komitmen pada pasar yang fair.⁸⁶ Penerapan *good governance* dalam pelaksanaan kewenangan pemerintah daerah di dalam pengelolaan dan pemberian izin di sektor pertambangan akan dapat menciptakan kondisi investasi yang kondusif melalui terciptanya kelembagaan dan ketatalaksanaan pemerintah daerah yang bersih, efisien, efektif, transparan, profesional dan akuntabel. Akibatnya, akan menjamin konsistensi dan kepastian hukum seluruh peraturan perundang-undangan, baik di tingkat pusat maupun daerah.

⁸⁶ <http://repository.usu.ac.id/bitstream/123456789/29832/4/Chapter%201.pdf>

Ada beberapa permasalahan dalam pelaksanaan otonomi daerah di sektor pertambangan. Diantaranya adalah banyaknya terjadi kewenangan yang tumpang tindih antar institusi pemerintahan sektor pertambangan dan aturan pertambangan yang berlaku, baik antara aturan yang lebih tinggi atau aturan pusat maupun aturan yang lebih rendah ataupun aturan di tingkat daerah. Sebagai contoh, adanya tumpang tindih izin pengelolaan pertambangan antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Adanya tumpang tindih perizinan di sektor pertambangan sebagai akibat diharmonisasi perundang-undangan yang berdampak sebagai berikut :

- a. Arsip pendataan terhadap perijinan di bidang kehutanan termasuk bidang pertambangan di beberapa wilayah terkadang tidak terdata sehingga kabupaten baru hasil pemekaran tersebut tidak terdaftar;
- b. Tidak adanya koordinasi antara Pemerintah Pusat dengan Pemerintah Daerah dalam penentuan suatu areal yang akan dijadikan sebagai pencadangan wilayah area suatu perijinan di bidang pertambangan sehingga mengakibatkan izin lokasi yang diberikan tumpang tindih dengan perijinan lainnya;
- c. Belum jelasnya tata batas atau peta penunjukan wilayah kabupaten, sehingga terjadi Kepala Daerah memberikan perijinan di luar wilayah kewenangannya, menjadi salah satu faktor terjadinya tumpang tindih perizinan;
- d. Adanya ketentuan pemberian izin yang saling berkaitan maupun bersinggungan dalam pengelolaan berbagai pertambangan, seperti UU Minerba, Undang-Undang

Otonomi Daerah, Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (selanjutnya disebut dengan UU Kehutanan), Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (selanjutnya disebut UU PPLH) dan UU Nomor 26 Tahun 2007 tentang Penataan Ruang. Hal ini akan menimbulkan disharmonisasi dalam rangka penerbitan izin pertambangan.⁸¹

Hambatan lainnya dalam pelaksanaan otonomi daerah di sektor pertambangan adalah terbatasnya keuangan daerah disertai dengan kurangnya transparansi dan akuntabilitas.

4. BENTUK *REGULATORY RISK* DALAM REZIM PENGATURAN DI SEKTOR PERTAMBANGAN

Regulatory risk yang berdampak pada adanya perubahan pengaturan di sektor pertambangan merupakan risiko hukum yang sangat dikhawatirkan oleh para investor, khususnya investor asing. Beberapa bentuk perubahan peraturan perundangan sektor pertambangan yang sangat sensitif bagi para investor diantaranya adalah perubahan sistem perpajakan, pengenaan kewajiban terhadap perlindungan lingkungan dan rehabilitasi area pertambangan serta semakin marak terjadinya konflik pengaturan pertambangan di tingkat pusat dan daerah, dalam hal ini kabupaten dan provinsi.⁸²

⁸¹ Agun Gunandjar Sudisa, *Tumpang Tindih Undang-Undang Sektoral terhadap Undang-Undang Otonomi Daerah: Masalah dan Solusinya*, dapat diakses di <http://kangagan.com/arsip/tumpang-tindih-uu-sektoral-terhadap-uu-otda-masalah-dan-solusinya>, 31.1. Diakses pada tanggal 12 Oktober 2013

⁸² Ibid

Sebagaimana telah dijelaskan pada bab sebelumnya, bahwa pengaturan sektor pertambangan di Indonesia masih banyak memberikan peluang terhadap risiko (*regulatory risk*) bagi investor, baik domestik maupun internasional. Penilaian terhadap kualitas rezim peraturan di sektor pertambangan asing di Indonesia akan ditinjau dari beberapa aspek, diantaranya : (1) konflik peraturan; (2) peraturan yang tumpang tindih (*overlap*); (3) adanya pengaturan yang tidak berimbang (*lack of impartiality*); (4) independensi dan transparansi; (5) kurangnya kapasitas dalam pelaksanaan peraturan. Terdapat lima persoalan utama yang dihadapi dalam pelaksanaan investasi pertambangan di Indonesia, yaitu : (1) konflik antara peraturan pertambangan dan peraturan kehutanan; (2) tumpang tindih dan kontradiksi antara peraturan pemerintah pusat dan pemerintah daerah; (3) permasalahan pajak; (4) ketidakadilan dalam divestasi kepemilikan tambang asing.⁸³

Berikut akan dilakukan penilaian terhadap berbagai bentuk *regulatory risk* dalam rangka pengaturan sektor pertambangan di Indonesia :

5. Kejelasan Peraturan / Regulasi Sektor Pertambangan (*Clarity of Rules and Regulations*)

Luasnya dan banyaknya peraturan/regulasi yang mengatur sektor pertambangan, baik yang secara langsung mengatur industri pertambangan maupun yang tidak langsung seperti peraturan perlindungan lingkungan hidup, kehutanan, AMDAL, dsb telah menyebabkan adanya ketidakjelasan pengaturan atau

⁸³ <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4c359a5a079ed/seminar-hukumonline-2610seminar-hukumonline>, 2010, 10 : *Undang-Undang Membera Nasionalisasi atau Privatisasi*

bahkan banyak terdapat pengaturan yang bersifat kontradiktif. Sebagai contoh, timbulnya pengaturan yang tumpang tindih dan konflik terhadap penggunaan lahan, terutama dengan kegiatan kehutanan.⁴⁰ Tumpang tindih antara kedua pengaturan tersebut berpotensi menimbulkan konflik kepentingan.⁴¹

Diberlakukannya UU No.41/1999 tentang Kehutanan dinilai kurang berkoordinasi dan berkonsultasi dengan pihak-pihak yang lebih dulu memiliki ijin pemanfaatan lahan, termasuk usaha pertambangan.⁴²

Hal ini terlihat jelas dalam Pasal 38 (4) UU Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan (selanjutnya disebut UU Kehutanan). Pada kawasan hutan lindung, dilarang melakukan penambangan dengan pola pertambangan terbuka. Namun, sebelum dikeluarkannya UU Kehutanan 1999, ketentuan mengenai larangan melakukan pertambangan di kawasan kehutanan tidak diatur secara tegas, sehingga marak terjadi konflik lahan akibat terjadinya tumpang tindih lahan sebagai akibat pengaturan yang tidak konsisten. Akibatnya, pertambangan sering dilakukan di kawasan hutan lindung.

“...terdapat 22 perusahaan tambang beroperasi di kawasan hutan lindung dan sempat ditutup. Total investasi 22 perusahaan tersebut mencapai US\$ 12,2 miliar (Rp 160 triliun). Kegiatan pertambangan dinilai akan merusak ekosistem hutan lindung, yang berfungsi sebagai kawasan konservasi alam.”⁴³

⁴⁰ Direktorat Sumber Daya Mineral dan Pertambangan, Mengatasi Tumpang Tindih antara Lahan Pertambangan dan Kehutanan, dapat diakses di : http://www.bappenas.go.id/files/3113/4986/1939/6mengatasi-tumpang-tindih-antara-lahan-pertambangan-dan-kehutanan_20081123185136_12615.pdf, h. 7, diakses tanggal 15 Oktober 2015

⁴¹ Ibid., h. 4.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., h. 16.

Sekitar 22 perusahaan pertambangan berada di kawasan konservasi dan hutan lindung dan 11 di antaranya sedang dalam pengkajian apakah dapat meneruskan eksplorasi, seperti: (1) PT Freeport Indonesia; (2) PT Karimun Granit; (3) PT INCO Tbk; (4) PT Indominco Mandiri; (5) PT Aneka Tambang (A); (6) PT Natarang Mining; (7) PT Nusa Halmahera Mining; (8) PT Pelsart Tambang Kencana; (9) PT Interex Suera Raya; (10) PT Weda Bay Nickel; (11) PT Gag Nickel; (12) PT Sonekmas Mining; (13) PT Aneka Tambang, Tbk (B). Ketigabelas perusahaan ini herbedabeda tahapan kegiatannya, ada yang sedang produksi, konstruksi, eksplorasi dan studi kelayakan.⁴⁴

Oleh karena itulah kemudian dikeluarkan Perppu Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perubahan atas UU Kehutanan yang mana di dalam Pasal 83 A ditegaskan bahwa -

“Semua perizinan atau perjanjian di bidang pertambangan di kawasan hutan lindung yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan dinyatakan tetap berlaku sampai berakhirnya izin atau perjanjian yang dimaksud.”⁴⁵

Kondisi ini semakin kompleks sebagai akibat adanya otonomi daerah, desentralisasi pengaturan sektor pertambangan di tingkat provinsi maupun kabupaten tidak dapat dihindarkan. Dengan adanya desentralisasi telah mengakibatkan pengaturan yang kontradiksi antara pengaturan di tingkat provinsi maupun kabupaten yang mengakibatkan pengaruh yang negatif bagi investor pertambangan. Sebagai contoh, penentuan pajak pertambangan di tingkat daerah ternyata bertentangan dengan kontrak karya yang telah disepakati. Berdasarkan data dari Pengawas Regional otonomi di Indonesia dinyatakan bahwa

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Salim HS, Op.cit. h. 13

lebih dari 30% dari 693 aturan pertambangan regional cenderung kurang memberikan suasana yang kondusif terhadap peningkatan bisnis. Akibatnya, seringkali terdapat duplikasi dan kompleksitas dalam kaitannya dengan pemberian ijin pertambangan. Sebagai contoh, Pasal 8 UU Minerba menyebutkan bahwa pengaturan kewenangan untuk mengeluarkan IUP berada pada pemerintah kota/kabupaten. Sedangkan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012, Pasal 112B menyebutkan bahwa wewenang untuk perpanjangan Kontrak Karya/Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara dalam bentuk IUP berada pada Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM). Sedangkan di dalam Pasal 33 (3) UUD 1945 ditegaskan bahwa kekayaan alam Indonesia dikelola oleh negara dan digunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Hal ini tentu saja akan mengakibatkan pengaturan yang tidak jelas, bahkan tumpang tindih. Oleh karena itu, untuk menghindari tumpang tindih maupun benturan/konflik dalam peraturan pemerintah pusat dan peraturan daerah tentang penetapan wilayah maupun ijin pertambangan di daerah haruslah dilakukan dengan koordinasi antara pemerintah pusat dan daerah.

Konflik lahan juga semakin marak terjadi sebagai akibat adanya ketidakjelasan pengaturan kehutanan dan pertambangan di tingkat pusat dan daerah dalam kerangka otonomi daerah, sehingga seringkali terjadi kontradiksi antara pengaturan di tingkat pusat dan tingkat daerah. Pada prinsipnya, berdasarkan UU No.41/1999, Pemerintah Pusat berhak menentukan hutan negara dan merencanakan penggunaan hutan, serta hanya perlu memberi perhatian terhadap rencana tata guna lahan yang dibuat berdasarkan UU No. 24 Tahun 1992 tentang Penataan Ruang.⁸

⁸ Ibid.

Namun, dengan adanya otonomi daerah, maka pemerintah daerah diberi kekuasaan atas berbagai sumberdaya alam (80%). Akibatnya, semakin memperbesar kewenangan pemerintah daerah untuk mengembangkan potensi sumberdaya yang dimilikinya, termasuk potensi hutan maupun tambang. Dengan dasar pengembangan ekonomi dan peningkatan Pendapatan Asli Daerah (PAD), seringkali dilakukan pemanfaatan segala potensi kekayaan alam termasuk pertambangan yang ada di daerah secara besar-besaran tanpa memperhatikan kelestarian hutan maupun lingkungan.

6. Ketidakpastian Hukum dan Kebijakan (*Policy and Legal Uncertainty*)

Terdapat lebih dari 20 peraturan perundang-undangan yang mengatur berbagai aspek terhadap investasi asing sektor pertambangan di Indonesia baik di tingkat pusat maupun di tingkat daerah, khususnya tingkat provinsi dan kabupaten. Banyaknya bentuk pengaturan di bidang industri pertambangan seringkali mengakibatkan adanya peraturan yang tidak jelas atau bahkan kontradiktif. Pertentangan dan inkonsistensi kebijakan telah menjadi penyebab utama semakin rendahnya kepercayaan (*trust*) industri pertambangan internasional untuk melakukan investasi di Indonesia. Kondisi ini disebabkan adanya ketidakpastian mengenai administrasi, pengaturan dan pelaksanaan terhadap peraturan/regulasi pertambangan. Sebagai contoh, dengan dikeluarkannya UU Minerba, aturan peralihan yang terdapat dalam pasal 169 sangat tidak memberikan kepastian hukum (*lack of certainty*) dan kurang memberikan jaminan pelaksanaan mengingat tidak

adanya kejelasan pengaturan dan tidak adanya penentuan sanksi jika ketentuan tersebut tidak dilaksanakan. Pasal 169 huruf a menyatakan bahwa kontrak karya (KK) dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) yang telah ada sebelum berlakunya UU Minerba, tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak/perjanjian. Sedangkan dalam huruf b. disebutkan bahwa KK dan PKP2B selambat-lambatnya 1 (satu) tahun harus disesuaikan. Ada dua hal yang perlu diperhatikan dalam pengaturan ini, yaitu : di satu sisi aturan ini berisi pengakuan dan penghormatan terhadap jangka waktu kontrak perjanjian. Namun, di sisi lain, aturan ini memaksa para pihak untuk mengubah substansi kontrak. Untuk itu, akan ada negosiasi kontrak antara pemerintah dengan pengusaha tambang. Padahal, negosiasi kontrak tidaklah mudah. Permasalahan akan terjadi jika ternyata pihak pengusaha pertambangan tidak bersedia untuk menyesuaikan kontraknya. Hal ini menunjukkan adanya ketidaksesuaian antara ayat (a) dan ayat (b) tersebut yang akibatnya sulit untuk dapat dilaksanakan dan tidak memberikan jaminan kepastian hukum. Sebagai akibatnya, kondisi ini akan meningkatkan risiko bagi investor asing di bidang industri pertambangan.

Kewajiban divestasi saham sebagaimana diatur di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 tidak diikuti dengan pengaturan yang lengkap sehingga berpotensi menimbulkan ketidakpastian hukum. Khususnya tidak adanya pengaturan yang tegas tentang sanksi atas keterlambatan maupun tidak dipenuhinya kewajiban divestasi sehingga mengakibatkan lemahnya penegakan dalam pelaksanaan kewajiban divestasi saham.¹⁰ Kondisi ini

¹⁰ Widya Esmi Dhamo, op.cit. h. 1.

juga akan dapat menciptakan keletuasaan bagi perusahaan PMA yang dapat dengan mudah menghindari pelaksanaan divestasi saham tersebut. Sehingga akan timbul permasalahan pelaksanaan kewajiban divestasi di dalam praktek.¹¹

Ketidakpastian hukum juga disebabkan oleh pemberian ijin usaha pertambangan yang seringkali tidak konsisten. Kasus yang terkait dengan inkonsistensi dalam pemberian ijin usaha pertambangan adalah kasus antara *Churchill Mining Plc. vs Bupati Kutai Timur*¹², dalam kasus mana ijin usaha pertambangan yang telah dikeluarkan bagi *Churchill Mining Plc* ternyata kemudian dihtalkan secara sepihak oleh Bupati Kutai Timur. Kondisi ini mencerminkan ketidakpastian kebijakan pemberian IUP sebagai akibat adanya desentralisasi dalam rangka pemberian IUP. Adanya praktek pemberian ijin dan pencabutan ijin pertambangan secara sepihak dan tanpa dasar akan menimbulkan kerugian karena membahayakan kelangsungan usaha bagi pihak investor yang sudah menanamkan modalnya di Indonesia.¹³

7. Pengaturan yang tumpang tindih (*Overlap*)

Pengaturan pertambangan antara daerah dan pusat seringkali juga terjadi tumpang tindih (*overlap*). Tumpang tindih pengaturan masalah pertambangan terjadi dalam level pemerintah pusat dan daerah. Sebagai contoh, kewenangan pemerintah daerah untuk mengeluarkan IUP memungkinkan terjadinya *overlap*

¹¹ Ibid.

¹² Beren Magazine, Kutai Timur – Mengurai Petaka Ijin Pertambangan, dapat diakses di: http://berenmagazine.com/?ForceFlash=true&_id=DAERAH-Kutai-Timur-Mengurai-Petaka-Perijinan-Tambang.html, h. 1.

¹³ Ibid.

pengaturan perizinan mengingat masing-masing pemerintah provinsi maupun kabupaten mempunyai kewenangan untuk menerbitkan IUP. Dalam hal penerbitan izin pertambangan dan pembatalan izin pertambangan di tingkat kabupaten saling tumpang tindih sehingga tidak memberikan jaminan kepastian hukum. Sebagai contoh dalam praktek adalah keputusan Bupati Konawe Utara, Sulawesi Utara, Nomor 153 Tahun 2008 tanggal 17 Maret 2008 tentang Revisi Batas dan Luas KP Eksploitasi dan Keputusan Bupati Konawe Utara Nomor 267 Tahun 2007 tentang Pemberian KP Eksplorasi, ternyata izin tersebut dibatalkan berdasarkan Keputusan Bupati Halmahera Selatan tertanggal 1 April 2008 tentang Pembatalan Kuasa Pertambangan Eksploitasi PT Antam.¹⁰¹ Keputusan pemberian ijin dan pembatalan ijin usaha eksplorasi (kuasa pertambangan) yang saling bertentangan/kontradiktif akan sangat merugikan pihak investor dan tidak menjamin adanya kepastian hukum.

8. Kurangnya independensi dan efisiensi dalam penegakan hukum/Bias dalam Penegakan Hukum (*Regulatory capacity and efficiency*)

Lemahnya kapasitas pelaksana suatu peraturan merupakan salah satu penyebab pelaksanaan peraturan pertambangan menjadi tidak efisien di dalam praktek. Mengingat di tingkat daerah baik provinsi maupun kabupaten seringkali masih belum mempunyai

¹⁰¹ Irma, Sengketa Izin Pertambangan di Era Otonomi Daerah, Studi Kasus Sengketa Izin Pertambangan antara Badan Usaha Milik Negara Pertambangan dan Kepala Daerah di Kabupaten Konawe Utara dan kabupaten Halmahera Selatan (Periode Tahun 2007 – 2011), Disertasi, dapat diakses di : <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4ee82168413b9/doktor-ilmu-hukum-termuda-asal-jombang>, diakses tanggal 13 Oktober 2013.

kemampuan dana dan tenaga ahli untuk menyediakan pelayanan umum bagi perusahaan pertambangan di daerah. Kemampuan sumber daya manusia dan teknologi yang masih terbatas di tingkat pemerintah daerah provinsi dan kabupaten, khususnya kurangnya penguasaan terhadap penyelenggaraan administrasi di bidang perizinan pertambangan mengakibatkan penerbitan izin pertambangan menjadi tumpang tindih dan seringkali tidak konsisten sehingga tidak memberikan jaminan kepastian hukum. Kewenangan diskresi pemerintah daerah di tingkat provinsi dan kabupaten dalam penerbitan izin pertambangan yang disertai dengan lemahnya penguasaan Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) dan *good governance* akan menghindarkan timbulnya peluang adanya penyalahgunaan kewenangan bupati dalam penerbitan dan pembatalan izin pertambangan dan dapat menciptakan pelaksanaan birokrasi yang berbasis pada nilai kompetensi, intelektual, profesionalisme, dan integritas.

Selain itu, pemberian kewenangan daerah baik provinsi maupun kabupaten dalam pengelolaan industri pertambangan di daerah ternyata tidak diikuti dengan asas keterbukaan dan akses publik terhadap informasi penerimaan sektor tambang, sehingga publik tidak mengetahui berapa jumlah penerimaan daerah dari sektor pertambangan dan masyarakat tidak dapat mengontrol penggunaan penerimaan tersebut untuk pembangunan daerah.¹⁰² Adanya perbedaan pelaporan penerimaan negara sektor tambang antara yang dilaporkan oleh pihak investor dengan pihak pemerintah daerah telah mengakibatkan terlambatnya otorisasi

¹⁰² Berita Kendari, Pemda Sultra Tidak Transparan Laporkan Penerimaan Negara Di Sektor Tambang, Juni 2013, dapat diakses di : <http://www.beritakendari.com/pemda-sultra-tidak-transparan-laporkan-penerimaan-negara-di-sektor-tambang.html>, h. 2, diakses tanggal 13 Oktober 2013.

pengungkapan pajak di sektor tambang.¹⁰³

Rendahnya *good governance* dan tidak adanya pemahaman terhadap Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) di dalam rangka penerbitan izin usaha pertambangan juga merupakan salah satu permasalahan yang problematik di sektor pertambangan. Sebagai contoh, meskipun kewajiban divestasi atas saham sebesar 51 % bagi investor asing sudah secara tegas diatur di dalam PP No. 23 Tahun 2012 dan diubah dengan PP No. 24 Tahun 2013, namun pelaksanaannya masih belum diatur secara jelas sehingga akan menimbulkan in-efisiensi dan ketidakpastian hukum. Bahkan kewajiban divestasi juga tidak efisien karena kewajiban ini tidak ada pengaturannya terhadap kontrak karya yang sudah ada. Selain itu, kewajiban divestasi menjadi tidak efisien mengingat kewajiban tersebut masih belum dapat dilaksanakan karena investor asing sektor pertambangan pemegang IUP/IUPK baru berproduksi setelah adanya UU Minerba. Kurangnya institusi di daerah yang diikuti dengan permodalan dan kemampuan teknologi yang masih rendah akan mengakibatkan kewajiban divestasi saham menjadi tidak efektif. Rendahnya permodalan dan kemampuan teknologi akan menghambat pelaksanaan kewajiban divestasi saham ke perusahaan pertambangan nasional.

Ketentuan tentang renegosiasi terhadap kontrak karya yang sudah terbentuk sebelum berlakunya UU Minerba ternyata tidak diikuti dengan peraturan pelaksanaan secara lengkap dan tegas. Akibatnya, pelaksanaannya dalam praktek akan mengalami hambatan dan tidak efisien. Terlebih lagi, rendahnya kapasitas dan kualitas institusi pelaksana peraturan di tingkat pusat dan daerah di

bidang renegosiasi terhadap kontrak karya juga berimplikasi pada inefisiensi dan tidak efektifnya pelaksanaan ketentuan mengenai renegosiasi terhadap kontrak karya.

Penerbitan izin usaha pertambangan di tingkat pusat maupun daerah (propinsi maupun kabupaten) justru seringkali bertentangan dengan peraturan perundang-undangan maupun AAUPB. Banyak sekali kasus yang terjadi sebagai akibat adanya penerbitan IUP/IUPK yang kemudian diikuti dengan pencabutan IUP/IUPK tersebut secara sepihak dan tanpa dasar hukum. Terlebih lagi, kondisi ini kadangkala juga didasarkan pada kepentingan politik terhadap salah satu partai. Hal ini tentu saja akan menimbulkan ketidakpastian hukum di dalam penerbitan izin usaha pertambangan di daerah. Keberpihakan para pembuat undang-undang dan penegak hukum di pengadilan kepada investor nasional dibandingkan dengan investor asing juga merupakan salah satu bentuk *regulatory risk* yang dihadapi oleh investor asing sektor pertambangan di Indonesia.

Meskipun pengaturan tentang perlindungan terhadap lingkungan sudah diatur secara nasional melalui UU perlindungan lingkungan hidup, namun tidak menjamin kelestarian lingkungan. Bahkan, industri pertambangan merupakan penyebab utama kerusakan lingkungan. Penegakan hukum terhadap kewajiban untuk melakukan Analisis Dampak Lingkungan (Andal) dalam pelaksanaan pertambangan menjadi tidak efektif mengingat hanya didasarkan pada pemeriksaan di atas kertas, sehingga tidak menjamin pelaksanaannya di dalam praktek sebagai akibat kurangnya integritas dan akuntabilitas instansi terkait.

¹⁰³ Ibid.

9. Ketidaksinkronan/Kontradiksi Peraturan Pertambangan di tingkat Pusat dan Daerah

Ketidaksinkronan pengaturan terdapat di dalam Undang-Undang Minerba dan Undang-Undang Kehutanan mengakibatkan adanya pengaturan kebijakan pertambangan lintas sektoral yang tumpang tindih dan tidak konsisten antara Kementerian Sumber Daya Energi dan Mineral dan Kementerian Kehutanan. Sebagai implikasinya, proses pengurusan pemberian izin pertambangan menjadi semakin kompleks karena harus melalui berbagai instansi dan dinas pemerintahan. Akibatnya, pengurusan izin pertambangan membutuhkan waktu yang cukup lama. Hal ini menunjukkan kurang adanya koordinasi lintas sektor baik dengan kementerian kehutanan maupun kementerian lingkungan hidup.

Pengalihan penguasaan sumber daya alam dari negara ke daerah (kabupaten maupun provinsi) telah mengakibatkan kontradiksi regulasi, khususnya dalam rangka penerbitan izin pertambangan. Implikasinya, ambiguitas pemberian izin pertambangan (IUP) di tingkat pusat dan daerah tidak dapat dihindari. Ketidaksinkronan pengaturan tentang kewenangan pemberian izin pertambangan telah mengakibatkan disparitas dalam pengeluaran izin pertambangan. Problematik ini terecembur di dalam ketentuan Pasal 8 UUD Minerba dengan ketentuan Pasal 112B Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012. Di dalam Pasal 8 disebutkan bahwa pengaturan kewenangan untuk mengeluarkan IUP berada di tangan pemerintah kota atau kabupaten. Sebaliknya, Pasal 112B menyebutkan bahwa wewenang perpanjangan Kontrak Karya (KK) dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara (PKP2B) dalam bentuk IUP berada di tangan Menteri

Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM). Meskipun penguasaan negara di sektor pengelolaan sumber daya alam sudah secara tegas diatur di dalam Pasal 33 UUD 1945, namun, dengan lahirnya UUR Minerba, khususnya Pasal 8, penguasaan negara atas sumber daya alam dialihkan kepada pemerintah daerah tingkat kota/kabupaten. Adanya kewenangan pemerintah pusat dan daerah yang disertai kurangnya koordinasi antara pemerintah pusat dan daerah akan mengakibatkan penerbitan IUP dan wilayah pertambangan yang saling tumpang tindih lahan.^{19*} Akibatnya, sengketa tentang area operasi pertambangan antara BUMN dan perusahaan swasta di daerah semakin marak dan bahkan melibatkan beberapa BUMN pertambangan, diantaranya PT Aneka Tambang Tbk. (ANIM), PT Bukit Asam Tbk. (PTBA) dan PT Timah Tbk. (TINS). Sengketa tentang wilayah usaha pertambangan di tingkat daerah telah mengakibatkan kerugian yang sangat besar bagi para investor sektor pertambangan. Sebagai contoh, sengketa lahan antara PT Timah Tbk. (TINS) di Bangka Belitung dan perusahaan perkebunan kelapa sawit yaitu PT Sumber Cahaya Hasil Gemilang (SCHG).^{20*} Kewenangan diskresi pemerintah daerah dalam pemberian IUP telah berakibat adanya Pengalihan wilayah pertambangan oleh pemerintah daerah yang semula wilayah usaha pertambangan tersebut telah dikelola oleh perusahaan pertambangan swasta.^{21*} Kurangnya koordinasi antara pemerintah pusat dan daerah dalam proses penerbitan izin usaha pertambangan telah mengakibatkan tumpang tindih dan inkonsistensi dalam penentuan wilayah usaha pertambangan.

^{19*}Novan Dwi Putranto, Maret 2013, dapat diakses di : http://www.imapi.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1186%3Apendua-r-penghiliran-disusun&catid=47%3Amedia-news&Itemid=98&lang=id, p. 1

^{20*}Ibid.

^{21*}Ibid.

10. Kurangnya *Good governance* dalam pembentukan peraturan perundangan dan Pemberian Izin di bidang pertambangan

Kewenangan pemerintah daerah sebagaimana diamanatkan oleh UUD 1945 pasca amandemen, termasuk di bidang pemberian izin pertambangan di tingkat daerah (propinsi dan kabupaten), berdasarkan Pasal 18 A ayat (5) UUD 1945 memberikan otonomi yang seluas-luasnya kepada pemerintah daerah, tanpa adanya kontrol yang ketat dari pemerintah pusat.¹⁰⁰ Pemberian otonomi yang seluas-luasnya kepada pemerintah daerah yang tidak diikuti dengan penerapan asas-asas pemerintahan yang baik dan prinsip *good governance* justru akan mengakibatkan penyimpangan prosedur pemberian izin di sektor pertambangan. Sebagai akibatnya, gugatan ke PTUN yang berkaitan dengan berbagai kasus menyangkut kejanggalan dan penyimpangan prosedur penerbitan izin pertambangan di daerah semakin marak. Sebagai contoh, kasus antara pembatalan izin pertambangan yang dikeluarkan oleh Bupati Enrekang berdasarkan Keputusan Nomor 466/kep/XI/ oleh PTUN Makassar dengan *ratio decidendi* bahwa proses pemberian izin oleh Bupati berlangsung secara tertutup, tidak akuntabel dan kurang transparan. Kasus ini mengindikasikan bahwa pelaksanaan otonomi daerah atau desentralisasi penerbitan izin pertambangan masih belum sepenuhnya menerapkan prinsip-prinsip *good governance*, yaitu tata kelola pemerintahan yang baik.¹⁰¹

¹⁰⁰ Lihat Pasal 18 A dan Pasal 18 B UUD 1945.

¹⁰¹ Yudi M. Enrekang, 'Desentralisasi vs Good Governance', dapat diakses di: http://www.sukabumikota.go.id/artikel/DESENTRALISASI_Vs_GOOD_GOVLRNANCE.pdf, h. 5, diakses tanggal 13 Oktober 2013.

Desentralisasi bukan sekedar memindahkan sistem politik dan ekonomi yang lama dari pusat ke daerah, tetapi pemindahan tersebut harus pula disertai oleh perubahan kultural menuju arah yang lebih demokratis dan beradab. Melalui desentralisasi diharapkan akan meningkatkan peluang masyarakat untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan kebijakan yang terkait dengan masalah sosial, politik, ekonomi. Hal ini sangatlah dimungkinkan karena karena locus pengambilan keputusan menjadi lebih dekat dengan masyarakat. Melalui proses ini maka desentralisasi diharapkan akan mampu meningkatkan penegakan hukum; meningkatkan efisiensi dan efektivitas pemerintah dan sekaligus meningkatkan daya tanggap, transparansi dan akuntabilitas pemerintah daerah.¹⁰²

11. Transparansi dan Akuntabilitas terhadap peraturan perundangan sektor pertambangan (*Regulatory Transparency / Accountability*)

Tidak adanya keterbukaan untuk memperoleh informasi terhadap pelaksanaan industri pertambangan telah menjadi salah satu pemicu berbagai sengketa pertambangan di Indonesia. Upaya untuk memperoleh informasi terhadap industri pertambangan sangat sulit dan terbatas. Bahkan hingga saat ini belum ada transparansi informasi yang dapat diakses publik tentang jumlah pendapatan pertambangan yang telah diterima oleh perusahaan pertambangan dan berapa jumlah yang telah diserahkan kepada pemerintah untuk sebesar-besarnya kemakmuran masyarakat. Di sektor migas, belum ada transparansi mengenai penerimaan negara, royalti dan pajak pertambangan dari hasil produksi minyak dan gas bumi yang dihayarkan perusahaan kepada pemerintah.

¹⁰² Ibid.

termasuk rendahnya transparansi oleh Badan Pelaksana Migas (BP Migas) terhadap informasi substansial kontrak kerjasama migas dengan negara lain.¹⁰⁰

Kontraktor kontrak kerjasama migas juga dihalang-halangi untuk membuka informasi pembayaran mereka kepada negara.¹⁰¹

Rendahnya transparansi dan akuntabilitas perusahaan pertambangan akan mengakibatkan kekayaan alam tidak dapat dimanfaatkan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat seperti yang diamanatkan oleh Pasal 33 UUD 1945. Sebaliknya, justru kekayaan alam akan dimanfaatkan sebagai ajang korupsi, konflik perebutan sumber daya alam dan pemerintahan diktator yang menyengsarakan rakyat dan kerusakan lingkungan.¹⁰²

Oleh karena itu, keanggotaan Indonesia dalam EITI (*Extractive Industries Transparency Initiative*) dimaksudkan untuk meningkatkan transparansi tata kelola industri pertambangan di Indonesia guna peningkatan kemakmuran rakyat. Dari beberapa hasil laporan EITI diperoleh hasil sebagai berikut:

Laporan rekonsiliasi EITI Indonesia ini juga mencatat masih lemahnya partisipasi sektor pertambangan dalam mentransparansikan kontribusinya kepada negara. Laporan ini menyatakan bahwa Pemerintah mencatat penerimaan pajak penghasilan Rp2,93 triliun (US\$282 juta) lebih dari apa yang dilaporkan dibayar oleh perusahaan pertambangan.

¹⁰⁰ Bunga Mangrasa-Di, Pemerintah Didesak Lebih Transparan Mengelola Pertambangan, *Tempo*, <http://www.tempo.co.id/read/news/2810/10/31.175286298>, Pemerintah-Didesak-Lebih-Transparan-Mengelola-Pertambangan, h. 2, diakses tanggal 17 Oktober 2013.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Anonim, Menekan Tuntutan Industri Pertambangan Lebih Transparan, *Angara News*, dapat diakses di

Penyebab perbedaan ini yang terbesar adalah berasal dari dua perusahaan batubara besar di Indonesia yang merupakan anak usaha Bumi Resources. Di mana, perusahaan ini tidak menindaklanjuti permintaan Rekonsiliator atas pembayaran pajak tahun 2007 dan 2008 yang dilakukan pada tahun 2009.¹⁰³

Laporan EITI Indonesia juga mencatat masih lemahnya pengelolaan informasi pertambangan di instansi Ditjen Minerba. Indikasi hal ini ditunjukkan dari angka perbedaan royalti batubara antara yang dibayarkan oleh perusahaan dan yang diterima di kas Negara di mana pada awalnya tercatat sebesar US\$72,7 juta dan setelah Rekonsiliator memeriksa catatan fisik di Ditjen Minerba, maka angka perbedaan menjadi jauh lebih kecil yaitu sebesar US\$54 juta. Khusus untuk penerimaan bukan-pajak pertambangan, terdapat 493 kali peninjauan atas catatan dokumen fisik, atau lebih dari 75 persen jumlah seluruh peninjauan dalam laporan ini.¹⁰⁴

Transparansi penerimaan pertambangan sangat membantu masyarakat untuk mengetahui jumlah pembayaran setiap perusahaan yang menjadi hak daerah, termasuk pula jumlah kontribusi dari perusahaan pertambangan yang dibagikan di setiap provinsi dan kabupaten/kota.¹⁰⁵

Di bidang perlindungan lingkungan hidup, rendahnya transparansi telah mengakibatkan tidak dapat ditindaklanjutinya segala bentuk pelanggaran terhadap pengelolaan lingkungan hidup yang sangat membahayakan kelestarian lingkungan, hutan

¹⁰³ Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian Republik Indonesia, Sekretariat Transparansi Penerimaan Industri Ekstraktif dapat diakses di: http://citric.kem.go.id/uploads/news/riken_2013_09-08-85_1_4_Collateral_Release_Indonesia-First-EITI-Report-excludes-a-Look-Inside-the-Black-Box-Bahasa-Indonesia.pdf, h. 2, diakses tanggal 17 Oktober 2013.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

lindung yang pada akhirnya akan memberikan dampak negatif terhadap masyarakat lokal. Bahkan persyaratan AMDAL sebagai dasar untuk mengeluarkan ijin usaha pertambangan tidak dapat diimplementasikan secara efektif sebagai akibat kurangnya transparansi informasi.

BAB III

IMPLIKASI REGULATORY RISK SEKTOR PERTAMBANGAN TERHADAP TRAKTAT INVESTASI INTERNASIONAL

1. NASIONALISME SUMBER DAYA ALAM/MINERAL (*RESOURCE NATIONALISM*)

UU Minerba sebagai pengganti UU Nomor 11 Tahun 1967 pada prinsipnya mengandung konsep nasionalisme terhadap kepemilikan sumber daya mineral (*resource nationalism*) dan reorientasi kepemilikan dari pihak swasta asing kepada pihak pemerintah (*state control*).¹⁶ Secara fundamental, sebenarnya kedua konsep ini merupakan realisasi dari konsep politik/ideologi yang terkandung di dalam Pasal 33 UUD 1945 yang lebih mengedepankan peran negara sebagai pengelola sumber daya alam di Indonesia untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Dengan diundangkannya UU Minerba yang telah merubah pola Kontrak Karya menjadi pola Perizinan menunjukkan semakin menguatnya peran negara (*state control*) dalam industri pertambangan. Hal ini merupakan reaksi terhadap besarnya peran investor asing dalam sistem Kontrak Karya yang tertuang di dalam UU Pertambangan

¹⁶ Thomas W. Walde, *Renegotiating Acquired Rights in the Oil and Gas Industries: Industry and Political Cycles meet the Rule of Law*, *Journal of World Energy Law and Business*, Vol. 1, No. 1, 2008, p. 55.

Nomor 11 Tahun 1967 pada masa Orde Baru. Konsep nasionalisme sumber daya alam (*resource nationalism*) sebagai perwujudan kontrol negara melalui regulasi dan perpajakan secara tegas diadopsi di dalam Pasal 151 UU Minerba yang mewajibkan pihak investor asing di bidang industri pertambangan untuk melakukan divestasi atas saham yang dimiliki sebesar 51% kepada industri pertambangan nasional setelah tahun kesepuluh. Selain itu, Pasal 121 ayat (b) yang mewajibkan investor asing melakukan renegotiasi terhadap Kontrak Karya mencerminkan semakin menguatnya kontrol negara terhadap pemanfaatan sumber daya alam di Indonesia. Dalam konteks ini, pemerintah atau negara mempunyai kedaulatan untuk secara substansial melakukan perubahan terhadap klausula-klausula yang telah disepakati di dalam Kontrak Karya, yang mana perlindungan atas hak-hak investor ini sebenarnya telah disepakati berdasarkan perjanjian investasi bilateral (*Bilateral Investment Treaties*) maupun traktat perlindungan investasi yang bersifat internasional (*international investment protection treaties*).¹¹

Dalam kerangka penanaman modal asing (*Foreign Direct Investment*), konsep nasionalisme sumber daya alam (*resource nationalism*) yang diikuti dengan berbagai regulasi sektor pertambangan akan semakin meningkatkan kontrol negara sebagai penguasa atas sumber daya alam di Indonesia. Bahkan akhirnya UU Minerba yang diikuti dengan kewajiban untuk melakukan divestasi atas saham milik investor asing sebesar 51% kepada pihak pemerintah Indonesia setelah jangka waktu produksi selama 10 tahun merupakan suatu bentuk kemenangan negara selaku penguasa pengelolaan sumber daya alam yang sesuai

¹¹ Ibid.

dengan amanat konstitusi. Kewajiban divestasi saham di bidang pertambangan bertujuan untuk mengurangi dominasi kepemilikan asing untuk melindungi kedaulatan negara atas sumber daya alam meskipun pada prinsipnya ketentuan tersebut masih belum dapat dilaksanakan secara maksimal karena perusahaan Penanaman Modal Asing (PMA) sektor pertambangan pemegang HPP dan IUPK masih baru berproduksi saat diundangkannya UU Minerba sedangkan bagi pemegang kontrak karya tidak diatur mengenai kewajiban divestasi tersebut.¹² Terkait dengan kewajiban divestasi saham bagi perusahaan PMA di industri pertambangan, maka diperlukan kesiapan pemerintah pusat, pemerintah daerah, BUMN, BUMD dan badan usaha swasta nasional terhadap akibat dari adanya kewajiban divestasi, khususnya terkait dengan permodalan, teknologi, risiko yang tinggi supaya kewajiban divestasi ini dapat dilaksanakan dan menguntungkan bagi bangsa Indonesia.¹³

...permanent sovereignty of peoples over natural resources were motivated by the desire to secure the benefits of natural resource exploitation for non self governing peoples.”¹⁴

Kondisi demikian ini merupakan risiko bisnis bagi investor pertambangan. Untuk memberikan proteksi terhadap risiko tersebut, pelaksanaan investasi haruslah sudah terstruktur sejak awal melalui pembentukan perjanjian investasi secara bilateral (*Bilateral Investment Treaty*) yang memberikan berbagai bentuk proteksi demi menjaga stabilitas investasi.

¹² Widya Tanti Utami, op.cit. h. 3.

¹³ Ibid.

¹⁴ Nico Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge, U.K. 2002, h. 20.

Konsep *resource nationalism* pada awalnya merupakan gerakan yang berkembang di beberapa negara di Amerika Latin dan kemudian juga diadopsi di beberapa negara Amerika Selatan yang berusaha untuk melawan investor asing dengan cara melakukan re-nasionalisasi terhadap sektor bisnis tertentu di negara tuan rumah yang sebelumnya dikuasai oleh investor asing.¹¹ Konsep *resource nationalism* ini didasarkan pada suatu *legal reasoning* bahwa pada prinsipnya, negara tuan rumah sebagai negara yang berdaulat mempunyai hak untuk melakukan renegosiasi kontrak investasi dengan perusahaan asing (investor) dengan tetap mendasarkan pada : (1) konsep *rule of law*, (2) kesepakatan yang saling menguntungkan (*mutual consent*) antara *host states* dengan investor; (3) pembayaran kompensasi jika merugikan pihak investor.¹²

2. KONSEP *RULE OF LAW* DALAM PELAKSANAAN HUBUNGAN ANTARA INVESTOR DENGAN *HOST STATE*

Tingginya tingkat *regulatory risk* di sektor pertambangan di Indonesia melahirkan suatu isu yang sangat problematik mengenai eksistensi konsep '*rule of law*' dalam pelaksanaan hubungan hukum antara investor asing dengan *host states*. Prinsip utama yang terkandung dalam konsep '*rule of law*' adalah bahwa aturan hukum haruslah bersifat '*predictable*' dan adanya perlindungan dan penghargaan terhadap hak-hak yang sudah disepakati dalam suatu perjanjian.¹³ Di dalam *Concise Dictionary*, *rule of law* diartikan

¹¹ Ibid., h. 191

¹² Ibid., h. 192.

¹³ Ibid., h. 97

sebagai : "*The principle that every person and organization, including the government, is subject to the same laws.*"¹⁴ Hal ini ditugaskan untuk memberikan stabilitas pelaksanaan investasi oleh pihak investor. Bahkan, jika pihak investor asing dengan *host state* sudah tercapai kesepakatan dalam suatu kontrak, maka perubahan secara sepihak terhadap klausula yang telah diperjanjikan oleh *host state* melalui suatu regulasi/legislasi dapat dianggap sebagai pelanggaran terhadap kontrak, sehingga merupakan juga pelanggaran terhadap konsep '*rule of law*'.¹⁵ Konsep '*rule of law*' juga melandasi praktek berbagai traktat modern tentang perlindungan investasi yang secara substansial mulai marak sekitar akhir tahun 1980 an yaitu dengan munculnya berbagai traktat investasi yang bersifat bilateral maupun multilateral, diantaranya adalah : Traktat Investasi Bilateral (*Bilateral Investment Treaties*), NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) yang melibatkan berbagai negara.¹⁶

Konsep '*rule of law*' sebagai prinsip utama dalam traktat internasional tentang perlindungan pelaksanaan investasi sangat menghargai adanya '*predictability*' terhadap berbagai pengaturan investasi khususnya industri pertambangan dalam suatu negara (*host state*). Namun, konsep *rule of law* haruslah diartikan tidak hanya dari sudut *legality* atau *predictability* berdasarkan prinsip *pacta sunt servanda*, tetapi harus diartikan dalam perspektif procedural aspek dan praktek hukum.

"... our understanding of the Rule of Law should emphasize

¹⁴ Concise Australian Legal Dictionary, Peter E. Nygh, Peter Burt (editor), Intersouths, Australia, 1998, h. 387

¹⁵ Ibid

¹⁶ Ibid

not just the value of settled, determinate rules and the predictability that they make possible, but also the importance of the procedural and organizational aspects of legal practice.¹¹⁷

The Rule of Law is not just about general rules, it is about their impartial administration. For example one of the great nineteenth century theorists of the Rule of Law, Albert Venn Dicey, placed at least as much emphasis on the normal operation of the ordinary courts as he did on the characteristics of the norms they administered. A procedural understanding of the Rule of Law does not just require that officials apply the rules as they are set out, it requires that they apply them with all the care and attention to fairness that is signalled by ideals such as natural justice and procedural due process.¹¹⁸

Oleh karena itu, perubahan peraturan pertambangan termasuk pengaturan fiskal dan perpajakan, misalnya, dapat dianggap pelanggaran terhadap kewajiban *host state* untuk menjaga stabilitas pelaksanaan investasi yang kondusif, khususnya jika pihak investor asing menggantungkan sepenuhnya pada konsep '*legitimate expectations*' sebagai bagian dari kewajiban *host state* untuk memberikan perlakuan yang adil (*fair and equitable treatment*) kepada investor asing meskipun tidak ada jaminan khusus dari pemerintah (*government assurance*).¹¹⁹ Dengan telah disepakatinya perjanjian investasi bilateral melalui penghentian BIT, sebenarnya terdapat '*legitimate expectation*' dari para investor bahwa *host state* akan menjaga stabilitas pelaksanaan investasi. Oleh karena itu, segala bentuk perubahan

¹¹⁷ Jeremy Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, *Georgia Law Review*, dapat diakses di http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1234005, h. 1, diakses tanggal 13 Oktober 2015.

¹¹⁸ *Ibid.*, h. 9.

¹¹⁹ *Ibid.*, h. 58.

pengaturan (*regulatory changes*) dan perubahan perpajakan di sektor pertambangan, dengan berdasarkan pada hukum investasi internasional, sebenarnya merupakan pelanggaran terhadap kewajiban *host state* untuk menjaga esensial stabilitas investasi, terlebih lagi jika investor asing berdasarkan pada konsep '*legitimate expectations*' sebagai bagian dari kewajiban *host state* untuk memberikan perlakuan secara layak dan adil (*fair and equitable treatment*).¹²⁰ Dalam kasus demikian, perubahan rezim peraturan dan fiskal sektor pertambangan harus secara layak (*reasonable*) mempertimbangkan pula keuntungan yang secara wajar diharapkan oleh pihak investor.¹²¹ Dengan kata lain, setiap bentuk perubahan regulasi dan perpajakan di sektor pertambangan harus pula memperhatikan profitabilitas dari industri pertambangan.¹²²

Kurangnya penegakan terhadap prinsip '*sacredness of contract*' dengan mengutamakan pelaksanaan hak-hak kontraktual yang telah disepakati sebagai akibat tingginya tingkat risiko politik (*political risk*) dan risiko perubahan peraturan perundang-undangan (*regulatory risk*) juga merupakan salah satu perwujudan dari *rule of law*. Unsur kepercayaan (*mutual trust*) yang terbentuk antara *host state* dengan pihak investor asing merupakan elemen yang sangat esensial dalam upaya mewujudkan konsep *rule of law*. Tanpa adanya *rule of law* dan sistem hukum yang berorientasi pasar (*market oriented legal system*), maka investasi akan mengalami hambatan sebagai akibat tingginya biaya dan risiko investasi di berbagai sektor, khususnya sektor pertambangan. Hal ini

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

merupakan konsekuensi logis mengingat dengan diadopsinya *'state planned economy'* di sektor pertambangan, maka sistem kontrol negara semakin tinggi yang diwujudkan dengan sistem birokrasi dan pengaturan yang semakin kompleks yang pada akhirnya akan meningkatkan risiko (*regulatory risk*) bagi para investor industri pertambangan. Di Indonesia, politik ekonomi dengan mendasarkan pada Pasal 33 ayat (3) UUD 1945 sebagai landasan filosofis dan ideologi menyatakan bahwa sumber daya alam dikuasai oleh negara untuk dipergunakan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Hal ini menandai bahwa industri pertambangan di Indonesia tidak sepenuhnya dikuasai oleh politik ekonomi yang berorientasi pada sistem pasar (*market oriented*), tetapi masih sangat dipengaruhi oleh kontrol negara (*state planned*). Namun, politik ekonomi ini sempat bergeser ketika diterapkannya sistem Kontrak Karya pada masa orde baru. Pada saat itu, investor asing melalui sistem kontrak diberikan posisi yang sejajar dengan pihak pemerintah, sehingga sangat mengurangi kontrol negara. Terbukti, *PT Free Port* sebagai investor asing sebagai pihak yang terlibat dalam Kontrak Karya sangat mendapat perlakuan yang sangat istimewa dengan memperoleh berbagai *incentives* dan kemudahan-kemudahan dalam pelaksanaan investasi. Bahkan, kondisi ini telah meningkatkan masuknya investor asing ke Indonesia pada masa itu. Pada awal masa Orde Baru telah terjadi pergeseran politik ekonomi sektor pertambangan dari *state planned* menjadi sistem yang lebih bernuansa neo liberalisme yang lebih mengutamakan kepentingan pasar melalui sistem Kontrak Karya. Namun, hal ini tidak diikuti dengan peningkatan kemakmuran terhadap masyarakat lokal. Akibatnya, timbulah konflik yang berkepanjangan di area pertambangan di Papua (Irian Jaya) antara masyarakat lokal dengan pihak investor.

Dengan mendasarkan pada konsep *rule of law*, pelaksanaan perjanjian investasi internasional baik bilateral/regional/multilateral juga harus mengacu pada prinsip *fairness*, prinsip *good faith* dan *mutual trust* dengan berlandaskan pada posisi tawar yang seimbang (*equal bargaining power*) dalam pembentukan perjanjian investasi internasional. Sebagai bentuk implikasi dari prinsip *'rule of law'*, maka penerapan prinsip-prinsip yang secara tegas disepakati di dalam perjanjian investasi bilateral (BIT) haruslah mengacu pada penerapan prinsip *fairness*, *good faith* dan *mutual trust* dengan memperhatikan pula kepentingan umum (*public interests*) dari pihak *host state*. Sikap badan arbitrase internasional khususnya badan arbitrase ICSID yang lebih memihak pada perlindungan kepentingan investor (*pro investor*) yang hanya mengacu pada perjanjian investasi bilateral yang telah disepakati dengan dalih semata-mata pada asas *pacta sunt servanda* dengan mengabaikan kepentingan umum (*public interests*) pihak *host state* justru pada akhirnya akan menimbulkan ketidakadilan dan ketidakharmonisan hubungan kerjasama ekonomi. Penerapan prinsip *'rule of law'* menghendaki adanya penerapan perjanjian investasi internasional secara berkesinambungan dengan mendasarkan pada perlindungan kepentingan pihak investor maupun *host state* dengan mendasarkan pada prinsip *fairness*, *justice*, *good faith*, *mutual trust* dan *equal treatment/equal bargaining power*.

3. INVESTASI MERUPAKAN BAGIAN DARI REZIM INTERNASIONAL.

Investasi sektor pertambangan pada prinsipnya tidak dapat dilepaskan dengan rezim pengaturan investasi baik dalam level nasional maupun internasional. Secara nasional, investasi di Indonesia diatur di dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, selanjutnya disebut UUPM. Pada prinsipnya, Pasal 3 UUPM mengatur tentang asas pelaksanaan pasar modal di Indonesia yaitu : kepastian hukum, keterbukaan, akuntabilitas, perlakuan yang sama dan tidak membedakan atas negara, kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian dan keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Jika dicermati, asas-asas tersebut konsisten dengan syarat-syarat perlindungan terhadap investor asing yang dituangkan di dalam berbagai perjanjian investasi internasional, baik yang bersifat bilateral, regional maupun multilateral. Sebagai contoh, asas-asas penanaman modal yang terdapat di dalam Pasal 3 senada dengan asas yang tertuang di dalam perjanjian investasi internasional, diantaranya larangan *Most Favored Nation (MFN)*, *non discrimination*, *fair and equitable treatment*, *transparency of laws*, dan sebagainya.

Namun, khusus untuk investasi di bidang usaha tertentu, berlaku pula ketentuan Pasal 12 ayat (5) UUPM yang mengatur bahwa untuk bidang usaha tertentu, salah satunya adalah investasi di sektor pertambangan yang melibatkan pengelolaan sumber daya alam/mineral, maka kewenangan pengelolaan investor asing untuk bidang pertambangan harus dilakukan dengan persyaratan guna melindungi kepentingan nasional.

Pemerintah menetapkan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan berdasarkan kriteria kepentingan nasional, yaitu perlindungan sumber daya alam, perlindungan, pengembangan usaha mikro, kecil, menengah dan koperasi, pengawasan produksi dan distribusi, peningkatan kapasitas teknologi, partisipasi modal dalam negeri, serta kerjasama dengan badan usaha yang ditunjuk pemerintah.¹³³

Ketentuan ini juga didasarkan pada amanat Pasal 33 UUD 1945 yang memuat ideologi ekonomi di Indonesia. Oleh karena itu, pengelolaan sumber daya alam/mineral maupun minyak dan gas bumi sebagai kekayaan yang tak terbarukan (*non renewable resources*), perlu adanya penekanan pada kepentingan nasional. Artinya, bahwa pengelolaan atas sumber daya alam tersebut dilakukan oleh negara untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Dengan kata lain, sekalipun investor bisa mengajukan izin untuk melakukan pengelolaan terhadap sumber daya alam/mineral di Indonesia, Bidang pertambangan merupakan bidang usaha yang terbuka untuk investasi dengan persyaratan guna melindungi kepentingan nasional, khususnya perlindungan atas kerusakan lingkungan dan terciptanya asas pemerataan bagi penduduk lokal. Oleh karena itu, pelaksanaan investasi di bidang pertambangan diikuti dengan berbagai pengaturan yang sangat kompleks/birokratis sebagai bentuk campur tangan (intervensi) pemerintah guna melindungi kepentingan nasional. Bahkan dalam rangka terciptanya pembangunan berkelanjutan, kegiatan usaha pertambangan harus dilaksanakan dengan prinsip lingkungan hidup, transparansi dan partisipasi masyarakat.

¹³³ Lihat Pasal 12 ayat (5) U.U. No. 25 Tahun 2007.

Rezim investasi internasional juga dikuasai oleh perjanjian investasi bilateral dan perjanjian regional dalam upaya pencapaian integrasi ekonomi. Perjanjian investasi juga terdapat di dalam *Free Trade Agreement* (FTA) yang mengatur tentang perdagangan dan investasi. Perjanjian-perjanjian internasional di bidang investasi ini ditujukan untuk menghindari adanya diskriminasi. Perjanjian Investasi Bilateral merupakan salah satu upaya untuk mengatasi permasalahan yang sangat dinamik (*dynamic inconsistency problems*), yang hanya dapat dihindari dengan melalui pembentukan suatu komitmen antar negara. Pelaksanaan investasi yang melibatkan masuknya modal asing ke dalam suatu negara, sangat dipengaruhi oleh penciptaan situasi ekonomi yang kondusif untuk mengurangi risiko, baik risiko politik maupun risiko perubahan atas peraturan perundangan (*regulatory risk*). Penanaman modal oleh pihak investor asing (negara asal modal/ *home country*) dalam yurisdiksi negara tuan rumah (*host state*) haruslah diberikan jaminan keamanan berinvestasi.

Bagi negara yang berdaulat sebagai subyek hukum internasional dan bagian dari masyarakat internasional, tuntutan akan perlindungan investasi tidak saja merupakan etika dan standar dalam hubungan internasional, tetapi juga merupakan kewajiban yang melekat bagi setiap negara sesuai dengan praktik yang lazim berlaku dalam pergaulan dan hubungan ekonomi antar negara.¹²

Negara-negara pemilik modal yang umumnya dikuasai oleh negara-negara maju (*developed countries*) berupaya untuk membentuk komitmen dengan negara tuan rumah (*host states*) yang umumnya adalah negara yang sedang berkembang (*developing*

¹² Kurniawibowo, Hukum Investasi Internasional, Pustaka Refika Adita, Bandung, Juli, 2013, h. 2.

countries) melalui pemhentuan perjanjian baik secara bilateral, regional maupun multilateral untuk memberikan jaminan keamanan investasi. Oleh karena itu, pelaksanaan investasi di suatu negara tidak dapat dilepaskan atau terkait erat dengan rezim investasi internasional. Secara bilateral, perlindungan investasi dituangkan dalam bentuk Perjanjian Investasi Bilateral (*Bilateral Investment Treaties*), *Trade and Investment Framework Agreement* (TIFA), *Comprehensive Economic Partnership Agreement* (CEPA), *Economic Partnership Agreement* (EPA) maupun *Bilateral Free Trade Agreement* (BFTA). Dalam lingkup regional, munculnya kerjasama ekonomi regional dalam bentuk ASEAN maupun NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) dan *European Union* (EU) merupakan bagian dari diplomasi antara negara dalam upaya untuk meningkatkan hubungan ekonomi luar negeri. Secara multilateral, munculnya TRIMS (*Trade Related Investment Measures*) and UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) and OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*) menunjukkan bahwa pelaksanaan investasi di suatu negara sebenarnya tidak hanya dikuasai oleh hukum nasional *host states*, tetapi juga terkait dengan rezim hukum investasi internasional sebagai implikasi era global ekonomi. Secara multilateral, Indonesia telah meratifikasi Konvensi *International Center for the Settlement of Investment Dispute* (ICSID) melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968.

4. TRAKTAT INVESTASI BILATERAL (*BILATERAL INVESTMENT TREATY*)

Pembentukan Perjanjian Investasi Internasional (BIT) merupakan salah satu upaya untuk meminimalisir risiko non

ekonomi, baik menyangkut risiko politik maupun *regulatory risk* di *host states* melalui pembentukan standard-standard perlindungan terhadap pelaksanaan investasi asing di suatu negara (*standard of treatment*).¹³⁴ Pada prinsipnya, penandatanganan traktat investasi bilateral antara dua negara merupakan salah satu bentuk kesepakatan yang membebankan kewajiban yang bersifat *reciprocal* (timbal balik) di bidang investasi. Demikian juga di dalam *Free Trade Agreement* (FTA) juga dijumpai kewajiban yang sama dalam upaya untuk memberikan perlindungan hukum (proteksi) dalam pelaksanaan investasi. Bentuk perlindungan semacam ini pada prinsipnya juga dijumpai di berbagai Perjanjian Perdagangan Bebas (*Free Trade Agreements/FTA*). Sebagai contoh, Bab II dari NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) mengandung kewajiban investasi yang hampir serupa dengan model yang terdapat dalam BIT. Traktat Investasi Bilateral ditujukan untuk mewujudkan stabilitas investasi diantara investor dengan *host state*. BIT memberikan proteksi terhadap investor terhadap berbagai risiko yang berasal dari kewenangan diskresi pemerintah dan kedaulatan dari *host state* dan memberikan hak bagi para investor untuk memilih forum arbitrase yang netral dalam penyelesaian sengketa.

Beberapa bentuk *safeguards* atau standard perlindungan yang umumnya ditentukan di dalam BIT diantaranya adalah adanya jaminan hukum sebagai berikut :

1. *National Treatment* yang memberikan kewajiban untuk memperlakukan investor dalam investasi dengan tidak membedakan antara investor asing dan investor nasional, "prinsip dalam hukum internasional yang harus dijunjung

tinggi oleh setiap negara dalam praktek investasi asing yang menuntut pemberian perlakuan yang adil dan pantas kepada pihak asing yang menjalankan bisnis dan ekonomi di negara tuan rumah (*host states*).¹³⁵

2. *Most Favored Nation Treatment* : kewajiban untuk memperlakukan investor dan investasi dengan tidak memberikan perbedaan perlakuan antara investor yang berasal dari negara penandatanganan BIT dengan investor dari negara lain yang bukan sebagai pihak dalam BIT.
3. *Minimum Standard of Treatment* yang menentukan kewajiban bagi negara tuan rumah (*host state*) untuk memberikan perlakuan terhadap investor sesuai dengan hukum kebiasaan internasional, termasuk perlakuan secara fair dan adil (*fair and equitable treatment*) dan '*Ful Protection and Security*'.¹³⁶
4. *Performance Requirements*: melarang pengenalan berbagai persyaratan termasuk persyaratan penggunaan produk nasional dan persyaratan ekspor produk yang dihasilkan oleh investor.
5. *Expropriation* : melarang negara tuan rumah (*host state*) untuk melakukan ekpropriasi dan nasionalisasi yang merupakan kewenangan unilateral dari tuan rumah (*host state*) untuk melakukan tindakan nasionalisasi terhadap aset, properti dan bisnis milik asing.¹³⁷ Nasionalisasi dan ekpropriasi hanya dapat dilaksanakan dengan beberapa syarat yaitu : (1) untuk kepentingan publik, (2) pelaksanaannya harus didasarkan pada *due process of law*; (3) non diskriminatif; (4) harus disertai pembayaran kompensasi yang layak.¹³⁸

¹³⁴ Kusnawiprawan, *Hukum Investasi Internasional*, Pustaka Reka Cipta, Juli 2013, h. 66-67.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid., h. 59-60.

¹³⁷ Ibid., h. 69.

6. *Transfer of Funds* (Transfer dana): prinsip ini berkaitan dengan repatriasi keuntungan bisnis dari penanam modal secara bebas.

7. *Full Protection and Security*

FPS juga mencakup jaminan terhadap pelanggaran terhadap pelanggaran hak-hak investor sebagai akibat pemberlakuan perundang-undangan dan berbagai regulasi dari *host states* yang dapat mempengaruhi keamanan dan perlindungan investasi.¹² Untuk perumusan klausula full protection and security di dalam BIT dan NAFTA, biasanya diikuti pula dengan kata-kata 'as required by international law'. Perumusan BIT yang tidak merujuk pada hukum internasional, level proteksi dan security biasanya sesuai dengan hal-hal yang sudah disepakati di dalam BIT yang seringkali memberikan level proteksi yang sangat tinggi.

8. Penyelesaian sengketa (*Dispute Settlement*) melalui forum arbitrase yang netral daripada melalui sistem pengadilan nasional dari negara tuan rumah (*host state*). BIT memberikan jaminan bagi investor untuk memilih negara dimana arbitrase akan dilakukan, salah satunya melalui ICSID (*the International Center for Settlement of Investment Disputes*) yaitu arbitrase yang khusus menangani penyelesaian kasus menyangkut investasi. Tata cara penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase merupakan salah satu bentuk perlindungan terhadap investor yang melaksanakan investasi di negara tuan rumah (*host states*) sebagai upaya untuk menghindari penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi melalui pengadilan (*domestic court*) yang tentu saja kurang memberikan perlindungan terhadap hak-hak dari investor.

9. Klausula Stabilitas (*Stabilization Clause*) yang merupakan suatu klausula untuk menjamin kelangsungan perjanjian yang telah disepakati sehingga tidak ada perubahan atau

¹² *Ibid.*

pengingkaran perjanjian di kemudian hari.¹³ Dengan klausula ini, segala perubahan dari hukum di negara tuan rumah (*host state*) yang merugikan pihak investor asing akan menimbulkan akibat hukum.¹⁴

Perlindungan investasi juga terdapat di dalam UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut dengan UUPM) sebagaimana diatur di dalam pasal 6 yang menegaskan bahwa :

- (1) Pemerintah memberikan perlakuan yang sama kepada semua penanam modal yang berasal dari negara manapun yang melakukan kegiatan penanaman modal di Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (2) Perlakuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi penanam modal dari suatu negara yang memperoleh hak istimewa berdasarkan perjanjian bersama dengan Indonesia.¹⁵

Lebih lanjut, perlindungan investasi juga diatur di dalam Pasal 7, Pasal 8 UUPM, yang secara berturut-turut mengatur tentang larangan nasionalisasi dan dimungkinkannya untuk melakukan transfer aset bagi investor terhadap hasil keuntungan bisnis, bunga maupun dividen. Ketentuan tentang larangan ekspropriasi (*expropriation*) berisi komitmen pemerintah (*host states*) untuk tidak melakukan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal kecuali dengan undang-undang. Ketentuan larangan nasionalisasi ini merupakan perlindungan

¹³ *Ibid.*, h. 85.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Lihat Pasal 6 UUPM.

mendasar *iron protection*) dalam UUPM yang bertujuan untuk lebih memberikan jaminan perlindungan investasi bagi para investor. Selanjutnya di dalam Pasal 3 ayat (1) UUPM ditegaskan pula bahwa : "Pemerintah dan/atau pemerintah daerah menjamin kepastian dan keamanan berusaha bagi pelaksanaan penanaman modal."¹² Pasal ini memberikan kewajiban bagi pemerintah pusat maupun pemerintah daerah untuk memberikan jaminan kepastian hukum (*legal certainty*) dan jaminan keamanan (*security*) bagi investor dalam melakukan investasi di negara tuan rumah (*host states*)

5. KLAUSULA-KLAUSULA POKOK DALAM TRAKTAT INVESTASI INTERNASIONAL: PERLINDUNGAN SUBSTANTIF

Berbagai traktat investasi yang telah ditandatangani oleh Indonesia dengan beberapa negara ASEAN, mengandung pengaturan bahwa pelaksanaan investasi harus dilakukan dengan cara yang telah ditentukan. Bagi investor sektor pertambangan dari negara Australia, misalnya, yang secara potensial telah terpengaruh sebagai akibat adanya regulasi yang mewajibkan divestasi atas saham dengan mengacu pada perjanjian investasi dengan Indonesia (*treaties*) yang dibuat pada tahun 1993, mendefinisikan bahwa investasi harus sesuai dengan hukum, peraturan (regulasi) dan kebijakan investasi di Indonesia. Pengaturan ini berbeda penekanannya jika dibandingkan dengan AANZFTA (ASEAN-Australia-New Zealand Free Trade Area Agreement) mendefinisikan bahwa investasi haruslah diakui di negara tuan rumah, namun

¹² Lihat Pasal 30, ayat (1) UUPM.

harus disesuaikan dengan hukum, pengaturan (regulasi) dan kebijakan di negara tersebut.

Klausula-klausula semacam ini dapat menimbulkan kesulitan-kesulitan bagi investor asing dalam kaitannya dengan tuntutan atas pelanggaran PIB (Perjanjian Investasi Bilateral) terhadap Indonesia. Rezim pasca orde baru dengan adanya demokratisasi dan desentralisasi telah menimbulkan banyaknya perangkat peraturan dan kebijakan yang mempengaruhi pemberian izin dan pelaksanaan investasi asing di Indonesia. Namun, jika hambatan-hambatan investasi tersebut tidak dapat teratasi, maka investor asing yang berupaya untuk mencari kompensasi atau untuk memperoleh posisi negosiasi yang lebih baik dapat beranggapan bahwa peraturan pertambangan Indonesia telah melanggar perlindungan substantif yang telah disepakati di dalam perjanjian investasi bilateral antara Indonesia-Australia (1993) dan AANZFTA, diantaranya :

- (1) '*national treatment*' yaitu '*treatment no less favourable than that (which the host state) accords, in like circumstances to its own investors and their investments*'. Traktat investasi bilateral antara Indonesia - Australia yang ditandatangani tahun 1993 tidak memberikan klausula tentang '*national treatment*', tetapi mencantumkan klausula tentang '*most favoured nation*' yang memungkinkan investor dari Australia untuk menuntut pihak Indonesia terhadap berbagai bentuk ketertunggan atau perlakuan yang tidak sama yang diberikan kepada negara ketiga.
- (2) Investor asing dapat menuntut kompensasi dalam hal adanya ekspropriasi (*expropriation*) ataupun nasionalisasi

yang diakibatkan oleh berbagai peraturan yang diterapkan oleh negara tuan rumah.

- (3) Adanya komitmen dari negara tuan rumah untuk memberikan *'fair and equitable treatment'* bagi investor Australia yang melakukan investasi di Indonesia.
- (4) Perlindungan substansial dalam bentuk *'transparency of law'*. Dari sisi kompleksnya pengaturan pertambangan di tingkat pusat maupun daerah mengenai perizinan usaha pertambangan sangat memungkinkan bagi Indonesia untuk dituntut oleh investor asing dengan dalih tidak adanya transparansi dalam pemberian Ijin Usaha Pertambangan (IUP).
- (5) PIB memilih jalur penyelesaian sengketa melalui arbitrase ICSID, sedangkan AAN/FIA memungkinkan bagi negara tuan rumah untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase *ad hoc*, termasuk dimungkinkannya negara tuan rumah untuk mengumumkan semua putusan arbitrase dan berbagai keputusan yang telah dihasilkan oleh tribunal. Klausula penyelesaian sengketa di dalam traktat investasi bilateral ini memang merupakan suatu klausula yang bersifat absolut yang tetap selalu diperjanjikan dan tidak dapat dipisahkan dalam setiap perjanjian investasi internasional.

Namun, meskipun perlindungan terhadap pelaksanaan investasi telah diatur di dalam perjanjian investasi secara bilateral maupun regional antar negara, namun rezim hukum internasional ini belum sepenuhnya dapat menyelesaikan segala perselisihan, bahkan dengan bentuk traktat investasi yang selengkap apapun. Hal ini

mengingat masih dimungkinkannya interpretasi yang cukup luas dan bervariasi (*evolving interpretation*) terhadap klausula klausula yang telah disepakati di dalam perjanjian investasi tersebut. Sebagai contoh, di dalam pelaksanaan klausula *full protection security* yang diikuti dengan klausul *'fair and equitable treatment'*, klausula-klausula ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa investor asing berhak untuk mendapatkan proteksi/ perlindungan melebihi hak yang dapat diperolehnya atas dasar *'non diskriminasi'* berdasarkan hukum internasional.

Where the words full protection and security and according fair and equitable treatment are added they are meant to imply that foreign investors are entitled to protection over and above their entitlement to non discriminatory treatment under international law.¹¹⁵

6. IMPLIKASI PENGATURAN PERTAMBANGAN DI INDONESIA TERHADAP TRAKTAT INVESTASI INTERNASIONAL

Perjanjian investasi bilateral yang telah ditandatangani oleh Indonesia dengan berbagai negara di dunia pada prinsipnya bagaikan pedang bermata dua, yaitu di satu sisi dapat memberikan kepastian hukum dan jaminan bagi investor asing di negara tuan rumah (*host states*), sedangkan di sisi lain, penerapan perjanjian investasi bilateral / internasional dapat dianggap membatasi pembentukan kebijakan maupun regulasi yang dapat dilakukan oleh pemerintah di negara tuan rumah.¹¹⁶ Dalam beberapa kasus,

¹¹⁵ Surva P. Subedi, *International Investment Law, Reconciling Policy and Principle*, Oxford and Portland Oregon, USA, p. 154.

¹¹⁶ Luke Eric Peterson, *South Africa's Bilateral Investment Treaties, Implications for Development and Human Rights, Dialog on Globalization*.

Pemerintah Indonesia telah digugat oleh investor asing sebagai akibat adanya pelanggaran terhadap perjanjian investasi bilateral dan merupakan pelanggaran terhadap hak-hak investor yang telah disepakati di dalam perjanjian investasi bilateral, regional maupun internasional yang telah disepakati oleh Pemerintah Indonesia. Sebagai contoh, adanya gugatan dari perusahaan pertambangan asing yaitu *Churchill Mining Plc* sebagai akibat pembatalan izin usaha pertambangan secara sepihak oleh Bupati Kutai Timur.¹⁴⁷ Bahkan *potential claims* dari investor asing juga berkaitan dengan kebijakan yang berisi kewajiban bagi perusahaan pertambangan asing untuk divestasi saham sebesar 51 % setelah masa produksi selama 5 hingga 10 tahun berdasarkan PP Nomor 23 Tahun 2010 yang diubah dengan PP Nomor 24 Tahun 2012. Berdasarkan kesepakatan penyelesaian sengketa melalui arbitrase, maka berbagai gugatan (*claims*) tersebut telah diajukan ke ICSID tribunal karena dianggap bertentangan (*in conflict*) dengan perjanjian investasi bilateral yang telah ditandatangani oleh Pemerintah Indonesia. Oleh karena itu, perlu adanya sinkronisasi antara isi perjanjian investasi bilateral dengan penguatan berbagai kebijakan dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, khususnya di sektor pertambangan. Bahkan, jika dikaji isi dari berbagai bentuk perjanjian investasi bilateral ternyata sebagian besar mengandung standard proteksi yang dituangkan dalam bentuk klausula-klausula yang sangat potensial menimbulkan ambiguiti, *open-endedness* (terbuka) dan IISD, November 2006, dapat diakses di: http://www.fes-globalization.org/publications/FES_OCP26_Peterson_SA_BITs.pdf, h. 3, diakses tanggal 15 Oktober 2013.

¹⁴⁷ Request for Legal Protection, 028/CHL-RI-TV 2012 / Churchill Mining Plc vs Bupati Kutai Timur, dapat diakses di <http://www.ugba.com/sites/default/files/case-documents/ita1042.pdf>, h. 2, diakses pada tanggal 15 Oktober 2013.

memerlukan interpretasi yang substantial terhadap BIT tersebut (tidak dapat diprediksi/*unpredictable*).¹⁴⁸ Pengabaian terhadap isi perjanjian investasi bilateral yang telah disepakati terhadap berbagai kebijakan dan peraturan perundang-undangan yang berlaku akan dapat mengakibatkan konsekuensi hukum bagi *host states*. Konsekuensi ini semakin besar ketika penyelesaian sengketa melalui forum arbitrase, khususnya ICSID, ternyata lebih menekankan pada perlindungan terhadap hak-hak investor daripada negara tuan rumah.

*In several documented instances, tribunals have adopted investor-centric interpretations after having concluded that the object and purpose of the given investment treaty was to create favourable conditions for investments, rather than some broader purpose*¹⁴⁹

7. INTERPRETASI TERHADAP PENERAPAN KLAUSULA-KLAUSULA DALAM PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL

Sebagaimana diuraikan di atas, perlindungan terhadap hak-hak investor asing melalui tingkat perjanjian investasi bilateral (BITs) maupun regional (NAFTA, AANZFTA, dsb) menjanjikan beberapa klausula-klausula yang berupaya untuk melindungi pihak investor dalam melaksanakan investasi di negara tuan rumah. Kesepakatan ini sebenarnya merupakan suatu bentuk kewajiban kontraktual (*contractual obligations*) yang harus dilaksanakan oleh negara tuan rumah, yang mana pelanggaran terhadap berbagai bentuk sarana perlindungan terhadap investor

¹⁴⁸ Ibid. h. 10

¹⁴⁹ Ibid. h. 1

asing tersebut akan menimbulkan suatu akibat hukum, yaitu pihak investor asing yang merasa dirugikan dapat mengajukan tuntutan (*claims*) kepada negara tuan rumah (*host states*), baik melalui jalur litigasi maupun non litigasi. Oleh karena itu, dalam bah ini akan dibahas tentang beberapa klausula dalam perjanjian/ traktat investasi internasional yang dianggap dapat memberikan akibat hukum bagi *host states*, mengingat terhadap pelanggaran BIT tersebut dapat diajukan tuntutan oleh pihak investor ke badan arbitrase investasi internasional, diantaranya adalah ICSID tribunal.

Bahkan ada kecenderungan bahwa berbagai kasus investasi melalui ICSID tribunal lebih memberikan perlindungan atau keberpihakan pada investor asing dalam berbagai kasus investasi.¹⁵⁰ Beberapa kasus yang telah diputus melalui ICSID tribunal cenderung untuk memperluas konsep perlindungan standard (*standard protection*) yang terdapat di dalam berbagai perjanjian investasi baik yang bersifat bilateral, regional maupun multilateral, sehingga tidak hanya mengacu pada konsep yang bersifat tradisional. Sebagai contoh, dalam kasus *Metalclad Corporation v United Mexican States*¹⁵¹, ICSID menyatakan bahwa kewenangan pemerintah lokal untuk menahan izin perencanaan untuk pembangunan fasilitas penduangan limbah berbahaya berdasarkan perjanjian bilateral antara *Metalclad* dan pemerintah Mexico dianggap sebagai perlakuan (*treatment*) yang melanggar standard *"fair and just treatment"* berdasarkan NAFTA. Bahkan di dalam kasus antara *Enlito Agustin v Kingdom of Spain*¹⁵² ruang

¹⁵⁰ICSID Case No. ARB (IAF) 9711971, tertanggal 30 Agustus 2000, *Ibid.*, p. 131.

¹⁵¹ICSID Case No. ARB (IAF) 9711971, tertanggal 30 Agustus 2000.

¹⁵²*Ibid.*

lingkup klausula expropriasi yang termang di dalam NAFTA telah diinterpretasikan secara luas (ekstensif) yang sudah bergeser dari definisi tradisional yang sempit atas klausula tersebut.

A. KLAUSULA STABILISASI (*Stabilization Clause*)

Pencantuman klausula stabilisasi di dalam perjanjian/traktat investasi internasional baik yang bersifat bilateral maupun regional pada prinsipnya ditujukan untuk memberikan perlindungan hak-hak investor asing terhadap segala bentuk perubahan hukum (*legal regime*) maupun perubahan berbagai peraturan perundang-undangan di negara tuan rumah. Pada prinsipnya, sebagai negara yang berdaulat (*sovereign*), pihak *host states* mempunyai hak untuk mengatur pelaksanaan investasi di negaranya melalui berbagai macam kebijakan peraturan perundang-undangan

*Under a BIT a host state is not prevented from taking new legal and administrative measures in accordance with the wishes of the people in the country or in order to comply with or implement the obligations flowing from an international treaty, whether dealing with human rights or environmental matters.*¹⁵³

Dalam situasi ini, pihak investor asing yang terkena dampak dari adanya undang-undang/kebijakan investasi yang baru memperoleh hak untuk mendapat kompensasi atas kerugian yang diakibatkan perubahan kebijakan tersebut karena dianggap sebagai 'indirect expropriation'. Berdasarkan hukum kebiasaan investasi internasional (*customary international foreign investment law*), berbagai bentuk regulatory peralihan perundang-undangan di bidang investasi asing dengan merelasikan pada kepentingan

¹⁵³*Ibid.*, h. 404

publik dan dengan cara yang tidak bersifat diskriminatif (*non discrimination*) bukanlah dianggap sebagai bentuk 'ekspropriasi' jika kebijakan nasional tersebut tidak menimbulkan kerugian ekonomi yang sangat signifikan bagi investor asing.¹⁵¹ Namun, ada juga kontrak investasi yang lebih memperluas tanggung gugat pihak negara tuan rumah dengan cara membebaskan kewajiban untuk memberikan kompensasi bagi setiap bentuk intervensi oleh negara tuan rumah yang akan mengakibatkan peningkatan biaya (*costs*) yang harus ditanggung oleh investor dalam pelaksanaan suatu proyek/investasi. Berdasarkan klausula stabilisasi, maka berbagai perubahan peraturan perundang-undangan yang berlaku setelah ditandatanganinya perjanjian investasi baik yang bersifat bilateral maupun regional tidak boleh merugikan pihak investor. Di satu sisi, klausula stabilisasi ini mengharuskan pihak investor asing untuk mentaati berbagai peraturan di negara tuan rumah yang telah berlaku pada saat perjanjian investasi dibuat. Namun di sisi lain, perubahan peraturan atau munculnya peraturan/kebijakan baru yang secara signifikan sangat berbeda dengan kebijakan/peraturan yang berlaku pada saat perjanjian investasi disepakati bukanlah merupakan pelanggaran terhadap klausula stabilisasi jika perubahan tersebut tidak menimbulkan kerugian bagi pihak investor.

The stabilisation clause stipulates that the law prevailing at the time the decision was taken by foreign investors to invest in the host countries would be applicable to them and such laws would not be altered to the detriment of such investors. It is well and good that foreign investors commit themselves to abiding by the laws of the host country prevailing at the time the investment was made but such clauses have the

¹⁵¹ Ibid.

*effect of preventing host states from enacting new legislation or undertaking new international obligations which would affect the profitability of the relevant foreign investors.*¹⁵²

Nampak disini bahwa klausula stabilisasi ini merupakan pembatasan kedaulatan (*sovereignty*) dari negara tuan rumah (*host states*) untuk menetapkan kebijakan atau berbagai peraturan terkait dengan pelaksanaan investasi. Hal ini menunjukkan adanya posisi yang tidak seimbang dalam rangka pembuatan perjanjian investasi baik yang bersifat bilateral maupun regional mengingat perjanjian yang berisi komitmen dari negara tuan rumah hanya diberikan demi kepentingan dan perlindungan hak-hak dari investor dengan mengabaikan hak-hak masyarakat lokal. Jika dicermati, sebagian besar BIT tidak memberikan pengaturan yang tegas tentang kewajiban investor untuk melakukan perlindungan terhadap lingkungan hidup maupun perlindungan terhadap hak-hak asasi masyarakat lokal di negara tuan rumah (*host states*).

*With exception of a few recent BITs most of them are silent about the preservation of the environment or the protection of human rights by foreign investors in the countries where they do their business.*¹⁵³

B. KLAUSULA PAYUNG (*UMBRELLA CLAUSE*)

Dengan disepakatinya klausula payung di dalam perjanjian investasi bilateral maupun regional, maka pelanggaran kewajiban kontraktual terhadap investor asing akan dianggap sebagai pelanggaran terhadap BIT, sehingga pihak investor dapat menuntut perlindungan hak-haknya berdasarkan hukum investasi internasional. Klausula payung di dalam perjanjian

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid., p. 116.

investasi bilateral dapat dituangkan dalam berbagai bentuk klausula yang intinya berupaya untuk mendapatkan perlindungan yang maksimal dari negara tuan rumah. Berikut ini adalah berbagai bentuk klausula payung yang telah disepakati dalam perjanjian investasi bilateral yang melibatkan pihak Indonesia :

Article 1 . 1 . Each Contracting Party shall in its territory promote as far as possible the investment of capital by nationals or legal persons of the other Contracting Party and admit such investment in accordance with its legislation and administrative practice . It shall in any case accord such investments fair and equitable treatment

Article II

Promotion and protection of investment

1. Each Party shall encourage and promote investments in its territory by investors of the other Party and shall, in accordance with its laws, regulations and investment policies applicable from time to time, admit investments

Klausula payung ini berisi komitmen dari negara tuan rumah untuk memberikan situasi investasi yang kondusif bagi investor asing, bahkan kewajiban pihak host state diperluas hingga perlindungan terhadap hak-hak investor berdasarkan hukum investasi internasional. Klausula payung ini merupakan penghargaan terhadap komitmen yang diberikan oleh para pihak yang dituangkan dalam perjanjian investasi, baik yang bersifat bilateral maupun regional.¹² Implikasi dari pencantuman klausula payung ini adalah bahwa pihak *host states* harus menciptakan dan menjaga agar sistem hukum secara nasional selalu memberikan pelaksanaan investasi yang kondusif yang tidak merugikan pihak

¹² Kusnawidjaja, *supra* n. 1, h. 81.

investor asing. Tingginya *regulatory risk* di negara tuan rumah dalam pelaksanaan investasi akan memberikan situasi yang tidak kondusif bagi investor asing, sehingga situasi ini bisa diujikan tuntutan pelanggaran terhadap klausula payung yang telah disepakati di dalam BIT.

Sebagai contoh, putusan ICSD dalam kasus *Salini v Jordan*, tribunal dalam putusannya menyatakan:¹³

*"each contracting party committed itself to create and maintain in its territory a legal framework favourable to investments. This legal framework must be apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment. It must in particular be such as to ensure compliance of all undertakings assumed under relevant contracts with respect to each specific sector"*¹⁴

Hal ini menunjukkan bahwa klausula payung menuntut pihak *host state* untuk menciptakan dan menjaga sistem hukum nasional yang berkenaan dengan investasi asing agar selalu bersifat kondusif dan melindungi hak-hak investor asing, bahkan kewajiban ini diperluas hingga perlindungan terhadap hak-hak investor asing berdasarkan hukum investasi internasional.¹⁵ Interpretasi yang luas terhadap klausula payung di lembaga arbitrase internasional khususnya ICSD tribunal juga dapat dicermati di dalam kasus antara *Noble Ventures v Romania*.¹⁶ Dalam kasus ini, ICSD tribunal menyatakan bahwa pencantuman klausula payung di dalam perjanjian investasi bilateral adalah dimaksudkan untuk men-transform kewajiban yang sebenarnya merupakan *domestic*

¹³ Surya P Subedi, *op.cit.* h. 101-106

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ ICSD Case No. ARB/01/11, tertanggal 12 Oktober 2005, *ibid.* h. 106

law obligations' (kewajiban yang didasarkan pada hukum nasional) menjadi kewajiban yang didasarkan pada hukum investasi internasional.¹¹²

*"inasmuch as a breach of contract at the municipal level creates at the same time the violations of one of the principles existing either in customary international law or in treaty law applicable between the host state and the state of the nationality of the investor, it will give rise to the international responsibility of the host state..."*¹¹³

Terdapat sikap IC SID sebagai lembaga arbitrase internasional yang khusus menyelesaikan sengketa arbitrase internasional haruslah memberikan putusan yang lebih mencerminkan keseimbangan dalam rangka menginterpretasikan klausula payung di dalam perjanjian investasi internasional. Hal ini untuk memberikan perlindungan yang proporsional bagi para pihak, baik investor asing, maupun pihak *host state*. Mengingat klausula payung ini juga dikategorikan sebagai *'blanket protection'* yang memberikan cakupan perlindungan yang sangat luas bagi investor asing, yang tidak menutup kemungkinan akan memberikan dampak ekonomi yang cukup signifikan bagi negara tuan rumah yang sebagian besar adalah negara yang sedang berkembang atau bahkan negara terbelakang (*Less Developed Countries*).

C. TRANSPARENCY OF LAW

Di dalam perjanjian investasi bilateral antara pemerintah Indonesia dan Australia yang tertuang di dalam *'Agreement between the Government of Australia and the Government of the*

¹¹² Ibid

¹¹³ Ibid

Republic of Indonesia concerning the Promotion and Protection of Investments' Nomor 19, Tahun 1993, ditegaskan adanya klausula tentang *'transparency of laws'* di dalam Pasal X.

*"Each party shall with a view of promoting the understanding of its laws that pertain to or effect investments in its territory by investors of the other party, make such laws public and readily accessible..."*¹¹⁴

Klausula semacam ini mewajibkan *host state* untuk menciptakan dan menjaga agar sistem hukum nasional/domestik selalu memberikan transparansi dan keterbukaan dengan cara memberikan kemudahan kepada publik untuk mengakses berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku, baik di tingkat pusat maupun daerah. Penyalahgunaan kewenangan sebagai akibat kurang adanya transparansi terutama dalam penerbitan dan pembatalan izin pertambangan oleh pemerintah daerah (propinsi maupun kabupaten) akan mengakibatkan timbulnya kerugian bagi investor asing di Indonesia. Tidak adanya transparansi di dalam pemberian IUP maupun pembatalannya di tingkat pusat maupun daerah akan mengurangi prinsip transparansi.

D. KLAUSULA 'PROMOTION AND PROTECTION OF INVESTMENT'

Klausula ini cenderung bertujuan untuk memberikan perlindungan yang ekstensif atau luas kepada investor asing di Indonesia. Klausula ini biasanya juga disebut dengan klausula admisi (*admission clause*) yaitu :

¹¹⁴ *'Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Indonesia concerning the Promotion and Protection of Investments'*, Nomor 19, Tahun 1993

suatu bentuk klausul yang melepaskan dan menyatakan secara yuridis diperkenankannya penanam modal asing melakukan kegiatan bisnis dan investasi di wilayah negara lain. Klausula ini merupakan pintu pembuka secara yuridis para penanam modal, sehingga dengan leluasa dapat memasuki negara di luar wilayah negaranya untuk melakukan kegiatan investasi.¹⁶⁵

Dalam praktek terdapat berbagai variasi yang dipergunakan di dalam perjanjian investasi bilateral. Pada perjanjian investasi bilateral antara Indonesia dengan Algeria disebutkan sebagai berikut:

Promotion and protection of investment

1 Either contracting party shall encourage and create favourable conditions for investors of the other contracting party to invest capital in its territory and shall admit such capital in accordance with its laws and regulations;

*2. Investments or investors or either contracting party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy adequate protection and security in the territory of the other contracting party.*¹⁶⁶

Jika dicermati, klausula ini memberikan kewajiban bagi negara tuan rumah untuk memberikan '*favorable conditions*' bagi investor untuk melakukan penanaman modal di negara tuan rumah dan penerimaan pelaksanaan investasi tersebut juga harus sesuai dengan hukum dan regulasi yang berlaku di negara tersebut. Implikasinya, tentu saja legislasi nasional negara tuan

¹⁶⁵ Kusnowibowo, op.cit. h. 90-91

¹⁶⁶ Lihat agreement between the government of the Republic of Indonesia and the Government of the People's Democratic Republic of Algeria concerning the Promotion and Protection of Investments; agreement between the Government of the Republic of Indonesia and the Government of The Republic Cuba concerning the Promotion and Protection of Investments.

rumah berhak untuk mengatur pelaksanaan investasi di negaranya sebagai perwujudan kedaulatan suatu negara, dan pihak investor asing harus menghormati ketentuan tersebut. Hal ini dapat kita simpulkan dari kalimat: *"...in accordance with its laws and regulations"*. Namun, di dalam ayat (2), terdapat pembebanan kewajiban bagi negara tuan rumah untuk selalu (*"...at all times"*) memberikan kebijakan dan legislasi mengenai pelaksanaan investasi yang mencerminkan '*fair and equitable treatment*' serta memberikan jaminan perlindungan dan keamanan jaminan bagi investor yang melaksanakan investasi di negara tuan rumah. Ketentuan ayat (2) ini sebenarnya merupakan upaya untuk memberikan jaminan perlindungan hak-hak investor asing di negara tuan rumah sebagai penyeimbang klausula admisi dengan tujuan agar pihak *host state* tidak mengeluarkan peraturan ataupun kebijakan investasi yang sangat merugikan pihak investor.

Di dalam perjanjian investasi bilateral antara Indonesia dan Australia Nomor 19 Tahun 1993, klausula admisi ini bahkan semakin diperketat, yaitu mencakup kewajiban bagi negara tuan rumah untuk memberikan '*fair and equitable treatment*' maupun jaminan perlindungan dan keamanan (*protection and security*).

Promotion and protection of investment

1 Each contracting party shall encourage and promote investments in its territory by investors of the other party and shall, in accordance with its laws, regulations and investment policies applicable from time to time, admit investments.

2 A party shall ensure fair and equitable treatment in its own territory to investors.

3. A party shall, subject to its laws, accord within its territory

protection and security to investments and shall not impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments

4. This agreement shall not prevent an investor of one party from taking advantage of the provisions of any applicable law, regulation or policy of the other party which are more favourable than the provisions of this agreement.¹⁰

Jika dibandingkan dengan klausula yang pertama, klausula ini memberikan jaminan perlindungan (proteksi) dan keamanan (security) yang sangat luas bagi investor asing di negara tuan rumah dengan selalu memberikan jaminan kepastian hukum bahwa segala bentuk kebijakan maupun regulasi di bidang investasi harus tetap memberikan perlindungan hak-hak investor. Bahkan, poin no. 4 klausula admisi ini lebih memberikan jaminan perlindungan yang lebih luas dengan memberikan kemungkinan bagi pihak investor asing untuk menerapkan kebijakan maupun berbagai bentuk regulasi dari negara lain yang lebih memberikan jaminan perlindungan bagi investor. Hal ini tentu saja telah melemahkan kedaulatan (sovereignty) negara tuan rumah, yang pada prinsipnya berhak mengatur dan mengeluarkan berbagai kebijakan di wilayah teritorial suatu negara guna melindungi kepentingan nasionalnya. Pemasalahannya adalah apakah segala bentuk peraturan ataupun kebijakan investasi yang tidak memberikan jaminan terhadap *investors legitimate and reasonable expectations* dapat dikategorikan sebagai pelanggaran terhadap klausula tentang *promotion and protection of investment*. Namun, dalam beberapa kasus investasi internasional, tidak semua

¹⁰ *Libal Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Indonesia concerning the Promotion and Protection of Investments*, No. 19, tanggal 17 September 1992, mulai berlaku tanggal 29 Juli 1993.

bentuk kebijakan dan regulasi pertambangan yang dianggap melanggar *legitimate expectation* pihak investor dapat serta merta dianggap sebagai pelanggaran terhadap BIT. Namun, sikap ICISID tribunal dalam beberapa kasus masih belum memberikan kepastian. Sebagai contoh, di dalam kasus antara *International Thunderbird Gaming Corporation v Mexico*¹¹, konsep *legitimate expectations* ditujukan pada suatu kondisi bahwa dengan telah dilandatanganinya perjanjian investasi bilateral tersebut telah memberikan *legitimate expectation* bagi pihak investor bahwa negara tuan rumah akan melaksanakan sesuai dengan BIT yang telah disepakati. Akibatnya, kegagalan untuk memenuhi *legitimate expectation* tersebut akan mengakibatkan kerugian bagi investor.¹² Namun, di dalam kasus yang lain yaitu kasus antara *Seduko Investment BV v the Czech Republic*¹³, ternyata ICISID tribunal masih memungkinkan bagi negara tuan rumah untuk mengadakan perubahan terhadap peraturan perundang-undangan sebagai akibat adanya perubahan keadaan suatu negara.¹⁴ Dengan kata lain, terdapat upaya untuk memberikan keseimbangan terhadap berbagai kepentingan (*competing interests*) dari pihak investor dan host states atau menyeimbangkan *legitimate expectations* dari investor asing dan kekuasaan/kewenangan negara tuan rumah untuk mengeluarkan regulasi/kebijakan di bidang investasi sebagai negara yang berdaulat. Dalam kondisi ini, tribunal mendasari pada asas proporsionalitas, yaitu dengan melakukan tes terhadap beberapa hal, diantaranya : (1) apakah ditujukan

¹¹ Putusan arbitrase ICISID tertanggal 26 Januari 2006, dikutip dari Surya P. Sabudi, op. cit., h. 161.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

untuk kepentingan publik; (2) akibat secara ekonomis (*economic impact*) terhadap investor.¹²

E. KLAUSULA EKSPROPRIASI dan NASIONALISASI

Tindakan ekspropriasi dan nasionalisasi merupakan ancaman bagi investor asing yang melakukan investasi di *host state*. Bahkan klausula yang berisi larangan bagi negara tuan rumah untuk melakukan ekspropriasi maupun nasionalisasi merupakan pertimbangan utama dan mendasar bagi investor asing untuk melakukan investasi di negara tuan rumah.¹³

Dengan klausula nasionalisasi, masing-masing pihak akan mendapatkan jaminan terhadap rasa aman dan terjaminnya seluruh aset, properti dan bisnis dari penanaman modal yang dilakukan perusahaan penanam modal di negara tuan rumah.¹⁴

Variasi terhadap perumusan klausula ekspropriasi dan nasionalisasi dapat dilihat pada Article VI perjanjian investasi bilateral antara Indonesia dengan Australia yang menegaskan sebagai berikut :

1. A Party shall not nationalize, expropriate or subject to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation the investments of investors of the other party unless the following conditions are complied with :

- (a) the expropriation is for a public purpose related to the internal needs of the party and under due process law,*
- (b) the expropriation is non discriminatory and*
- (c) the expropriation is accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation*

¹² Surya P. Subedi, *op cit*, h. 340

¹³ Kusnawanto, *op cit*, h. 59-60

¹⁴ *Ibid*, h. 60

2. The compensation referred to in paragraph 1 shall be computed on the basis of the market value of the investment immediately before the expropriation or impending expropriation became public knowledge. Where the value cannot be readily ascertained, the compensation shall be determined in accordance with generally recognized principles of valuation and equitable principles taking into account the capital invested, depreciation, capital already repatriated, replacement value, currency exchange rate movements and other relevant factors

3. The compensation shall be paid without undue delay, shall include interest at an agreed commercially reasonable rate calculated from the date the measures were taken to the date of payment and shall be freely transferable between the territories of the parties. The compensation shall be payable either in the currency in which the investment was originally made or if requested by the investor, in any other freely convertible currency.¹⁵

Dari perjanjian tersebut tampak bahwa kata ekspropriasi dipergunakan bersama-sama dengan nasionalisasi sebagai bentuk pengambilalihan aset milik investor. Jika dicermati dari isi klausula diatas, nampak bahwa pada prinsipnya negara tuan rumah dilarang untuk melakukan ekspropriasi maupun nasionalisasi terhadap aset milik investor. Namun, hal ini dikecualikan atau masih dimungkinkan untuk dilakukan tetapi dengan beberapa syarat yang telah ditentukan secara restriktif, yaitu : (1) bahwa ekspropriasi/ nasionalisasi harus didasarkan pada adanya alasan kepentingan umum (*public purpose*) dan pelaksanaannya harus sesuai dengan "*due process of law*". Namun, terdapat permasalahan tentang kapan tindakan ekspropriasi dianggap ditujukan untuk kepentingan

¹⁵ Joint agreement between the government of Australia and the government of the Republic of Indonesia concerning the promotion and protection of investment, No. 19 Tahun 1993

umum (*legitimate public welfare objectives*) masih belum jelas; (2) ekspropriasi dilarang dilandasi pada adanya diskriminasi; (3) ekspropriasi dan nasionalisasi harus disertai dengan pemberian kompensasi yang jelas, layak dan efektif.¹¹⁶ Hal ini menunjukkan bahwa ekspropriasi dan nasionalisasi harus dilaksanakan secara restriktif dan harus disertai dengan pembayaran kompensasi. Permasalahannya kapan suatu tindakan negara tuan rumah dapat dianggap atau dikategorikan sebagai tindakan pengambilalihan aset? Terdapat kecenderungan untuk menginterpretasikan atau mengartikan tindakan pengambilalihan aset (ekspropriasi maupun nasionalisasi) dalam pengertian yang luas, dengan membedakan antara *'direct expropriation'* dan *'indirect expropriation'*. Yang dapat dikategorikan sebagai *'indirect expropriation'* adalah tindakan pemerintah negara tuan rumah baik tindakan formal maupun informal, yang mengakibatkan dampak yang negatif terhadap pelaksanaan investasi oleh investor di negara tuan rumah.¹¹⁷ Bahkan kegagalan pemerintah untuk menciptakan atau menjaga kondisi investasi yang kondusif di negara tuan rumah dapat juga dikategorikan sebagai bentuk *'indirect expropriation'*.¹¹⁸ Namun, dalam kasus antara *Methaver Corporation v. United States of America*,¹¹⁹ tribunal memberikan pertimbangan bahwa perubahan kebijakan/regulasi di bidang investasi sepanjang tidak terdapat unsur diskriminasi dan dilakukan sesuai dengan *'due process of law'* melalui prinsip transparansi dan akuntabilitas, maka tindakan *host state* tidak dianggap sebagai ekspropriasi. Hal ini juga terkait dengan suatu kondisi yang mengharuskan negara

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Surya P. Subedi, op.cit. h. 121

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid. Putusan arbitrase IC SID tanggal 1 Agustus 2005

tuan rumah untuk mengadopsi berbagai ketentuan internasional di bidang perlindungan lingkungan hidup sehingga mengharuskan negara tuan rumah untuk mengadakan perubahan terhadap peraturan nasional

F. KLAUSULA 'TREATMENT OF INVESTMENT'

Klausula tentang *'treatment of investment'* pada prinsipnya berisi kewajiban dari negara tuan rumah untuk memberikan perlakuan secara *fair* (jujur) dan *equitable* (adil) pada investor asing di negara tuan rumah. Di dalam perjanjian investasi internasional antara Indonesia dengan Chili, klausula *treatment of investment* dituangkan dalam Article IV yang menyatakan bahwa :

1. *Each contracting party shall ensure fair and equitable treatment of the investments of investors of the other contracting party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors. Each contracting party shall accord to such investments adequate physical security and protection*

2. *Each contracting party shall accord investments of the investors of one contracting party in its territory a treatment which is no less favorable than that accorded to investments made by investors of any other third country*

3. *If a contracting party accords special advantages to investors of any third country by virtue of an agreement establishing a free trade area, a customs union, a common market, an economic union or any other form of regional economic organization to which the party belongs or through the provisions of an agreement relating wholly or mainly to taxation, it shall not be obliged to accord such*

*advantages to investors of the other contracting party.*¹⁸⁰

Jika disimak, klausula tentang 'treatment of investment' di atas merujuk pada adanya kewajiban bagi negara tuan rumah untuk memberikan dan menjamin adanya perlakuan secara jujur dan adil (*fair and equitable treatment*) kepada investor. Oleh karena itu, *host state* dilarang untuk melakukan tindakan yang bersifat diskriminatif serta berkewajiban untuk memberikan jaminan perlindungan dan keamanan terhadap investor. Lebih lanjut, ayat (2) dari klausula 'treatment of investment' mencakup pula adanya kewajiban negara tuan rumah untuk memperlakukan negara asing sama seperti perlakuannya kepada negara lain sebagaimana dikenai dengan 'Most Favoured Nation Treatment,' selanjutnya disebut dengan MFN.

Di dalam praktek penyelesaian sengketa mengenai investasi di ICSID, ruang lingkup pelanggaran prinsip MFN nampaknya semakin diperluas cakupannya. Bahkan terdapat kecenderungan untuk menginterpretasikan pengertian MFN sebagai segala bentuk tindakan yang dilakukan oleh negara tuan rumah yang mengakibatkan kerugian bagi investor asing.¹⁸¹ Namun ada juga yang berpendapat bahwa pengertian 'equitable treatment' yang berasal dari kata 'equity' sebenarnya berasal dari kata 'justice.' Oleh karena itu, penerapan prinsip '*fair and equitable treatment*' seharusnya tetap mempertimbangkan adanya penyesuaian (*adjustment*) dengan situasi yang ada, mengkomodasi berbagai kepentingan dan menyeimbangkan

¹⁸⁰ *Treaty Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Republic of Indonesia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment*.

¹⁸¹ Sanyal, *supra* cit., h. 173.

kepentingan para pihak daripada harus secara rigid mengacu pada aturan yang ada di dalam perjanjian investasi (BIT) yang telah disepakati.¹⁸² Namun, penerapannya di tingkat penyelesaian sengketa melalui ICSID ternyata cenderung memperluas cakupan dari pengertian '*fair and equitable treatment*'. Bahkan berbagai sengketa melalui ICSID hampir sebagian besar didasarkan pada tuduhan pelanggaran terhadap prinsip '*fair and equitable treatment*'. Karena definisi pelanggaran terhadap prinsip ini semakin diperluas daripada makna yang seharusnya berdasarkan prinsip hukum internasional, maka seringkali justru merupakan bumerang bagi negara tuan rumah. Seharusnya, secara prinsipil ICSID tribunal dalam penyelesaian sengketa lebih didasarkan penerapan prinsip '*fair and equitable treatment*' berdasarkan pada prinsip proporsionalitas dan keseimbangan terhadap berbagai kepentingan, hak dan permintaan dari kedua belah pihak yaitu investor maupun negara tuan rumah, dan tidak hanya mengacu pada upaya untuk memperluas cakupan dari penerapan prinsip tersebut dengan hanya bertujuan untuk melindungi hak-hak dan kepentingan investor semata.¹⁸³

Jika dicermati isi perjanjian sebagaimana tersebut diatas, penerapan prinsip '*fair and equitable treatment*' juga mencakup non diskriminasi. Prinsip non diskriminasi mewajibkan pihak negara tuan rumah untuk tidak memberikan perlakuan yang tidak adil (*unfair*) atau diskriminatif terhadap investor asing dengan lebih mengutamakan investor domestik.¹⁸⁴ Namun, seringkali negara-negara yang berusaha untuk meningkatkan penanaman

¹⁸² *Ibid.*, h. 174.

¹⁸³ *Ibid.*, h. 175.

¹⁸⁴ *Ibid.*, h. 182.

modal asing di negaranya justru memberikan berbagai perlakuan yang istimewa terhadap investor asing yang kadangkala justru seolah-olah memberikan perlakuan yang diskriminatif terhadap investor nasional.

'... many countries that are keen to attract foreign investment are creating a sort of reverse discrimination against their own local companies.'¹⁰⁵

Bahkan investor asing yang menanamkan modal di negara tuan rumah juga memperoleh perlindungan tambahan berdasarkan hukum kebiasaan internasional (*international customary law*), perjanjian investasi bilateral (BIT), kontrak investasi dan instrumen regional maupun internasional.¹⁰⁶ Investor asing juga mendapatkan akses langsung di hadapan arbitrase internasional atau ICSD dan mereka seringkali mendapatkan kompensasi berdasarkan standar prinsip hukum internasional jika terdapat tindakan ekspropriasi, baik dalam kerangka ekspropriasi langsung (*direct expropriation*) maupun tindakan ekspropriasi tidak langsung (*indirect expropriation*).¹⁰⁷

G. KLAUSULA ARBITRASE

Dalam penerapan prinsip *'fair and equitable treatment'*, hukum internasional sebenarnya tidak menerapkan apa yang disebut dengan *'a catch all interpretation'*¹⁰⁸ atau interpretasi secara luas, tetapi penerapannya dengan memperhatikan situasi yang ada dengan mengakomodasi dan menyeimbangkan

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid., h. 182-183.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Sarva P. Subedi, op.cit., h. 172-173.

kepentingan investor maupun negara tuan rumah dan tidak hanya berdasarkan pada ketentuan di dalam perjanjian investasi bilateral (BIT).¹⁰⁹ Namun, ironisnya penyelesaian sengketa investasi melalui ICSD tribunal justru lebih cenderung untuk memberikan proteksi yang lebih ketat dan luas kepada investor asing daripada negara tuan rumah.¹¹⁰ Dengan kata lain, penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase ICSD didasarkan sepenuhnya pada ada atau tidaknya pelanggaran terhadap prinsip *'fair and equitable treatment'* dalam upaya untuk memberikan kompensasi bagi investor asing sebagai akibat adanya tindakan/kebijakan yang merugikan investor (*regulatory measures*).¹¹¹

In essence, the principle of 'fair and equitable treatment' The application or interpretation of this principle in international law calls for an adjustment of a given situation, accommodation of competing interests of both host states and foreign investors and balancing of competing principles of international law.¹¹²

8. IMPLIKASI REGULATORY RISK DI BIDANG PERTAMBANGAN DAN PERLINDUNGAN TERHADAP INVESTOR DALAM KERANGKA PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL

Pada prinsipnya, sejalan dengan prinsip kedaulatan ekonomi (*economic sovereignty*) dan hak untuk penentuan ekonomi (*right of economic self determination*)¹¹³ mencakup prinsip-prinsip

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid., h. 172-173.

¹¹³ Ibid., h. 170-171.

yang sebenarnya merupakan salah satu alasan untuk menghambat berlakunya perjanjian investasi internasional, baik bilateral, regional maupun multilateral. Berbagai bentuk pengaturan dan kebijakan investasi di bidang pertambangan juga merupakan salah satu bentuk perwujudan kedaulatan ekonomi suatu negara yang berdaulat dan perwujudan hak atas 'economic self determination'. Namun, hak atas kedaulatan ekonomi suatu negara tersebut menjadi dibatasi ketika suatu negara membuat komitmen dalam suatu perjanjian dengan negara lain dalam bentuk perjanjian investasi maupun kontrak investasi.¹⁹¹

Kalau ditelaah dari berbagai klausula yang tercantum di dalam perjanjian investasi bilateral antara Indonesia dengan berbagai negara, nampak bahwa pelaksanaan investasi pada prinsipnya harus sesuai (*in accordance*) dengan hukum yang berlaku di negara tuan rumah yang tertuang di dalam klausula admisi. Namun, klausula admission ini tidak berdiri sendiri, tetapi diikuti dengan klausula yang mengandung prinsip yang berlaku secara internasional, diantaranya adalah prinsip '*fair and equitable treatment*' dan prinsip '*full protection and security*' yang berupaya untuk melindungi ekspektasi pihak investor (*investor expectation*) yang sudah diperjanjikan melalui perjanjian investasi. Hal ini juga menunjukkan bahwa perjanjian investasi internasional seringkali berupaya untuk memberikan proteksi/perlindungan terhadap investor dari kemungkinan berbagai perubahan hukum nasional di negara tuan rumah.

Namun, perlu dicermati bahwa tidak semua perubahan perundang-undangan (*regulatory power*) yang dilakukan oleh

¹⁹¹ Ibid., h. 171.

negara tuan rumah selalu dianggap sebagai pelanggaran terhadap perjanjian investasi (*treaties*). Hingga saat ini belum terdapat kesatuan interpretasi terhadap penerapan prinsip-prinsip hukum internasional yang disepakati di dalam perjanjian investasi bilateral (BIT). Ada beberapa alasan pembenar atau 'escape clause' yang dapat dipergunakan sebagai dalih dari negara tuan rumah atas berbagai perubahan kebijakan/legislasi (*regulatory measures*) dalam pelaksanaan investasi yang dapat membebaskannya dari pembayaran kompensasi kepada pihak investor :

1. Doktrin '*necessity*' (*emergency*) atau keadaan genting untuk menyelamatkan perekonomian suatu negara

Perubahan kebijakan/legislasi (*regulatory measures*) di bidang investasi ditujukan sebagai upaya untuk menanggulangi krisis di negara tuan rumah dianggap sebagai alasan yang sah untuk dibebaskan dari tanggung gugat sebagai akibat pelanggaran terhadap perjanjian investasi/*treaty* yang telah disepakati.¹⁹² Jika doktrin '*necessity*' dianggap sah, maka negara tuan rumah tidak bertanggung gugat untuk membayar kompensasi bagi investor asing sebagai akibat dikeluarkannya kebijakan/regulasi investasi yang sebenarnya lebih merujuk pada kepentingan nasional dan menyimpang dari perjanjian investasi bilateral yang telah disepakati sebelumnya.¹⁹³

General international law admits, under narrowly defined conditions, the possibility for states to escape from their international obligation, including those undertaken under BITs or FTAs regarding the protection of foreign investment

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Sarva P. Sahel, *op.cit.*, h. 190.

*under the doctrine of necessity or state emergency.*¹⁹⁷

Doktrin 'necessity' ini juga dapat dimaksudkan untuk menghindari kehancuran ekonomi negara tuan rumah sehingga mereka mengeluarkan kebijakan/perubahan peraturan perundangan yang lebih memihak pada kepentingan nasional.

2. Prinsip Kepentingan Umum Internasional

Kebijakan/regulasi investasi di sektor pertambangan dapat dikategorikan bukan sebagai pelanggaran terhadap BIT jika berbagai regulatory measures yang dilakukan oleh negara tuan rumah adalah untuk menegakkan prinsip-prinsip keadilan dan kejujuran yang paling mendasar/fundamental (*the most basic and explicit principles of justice and fairness/morality*). Hal ini terkait dengan adanya kewajiban internasional untuk menegakkan hak asasi (*human rights*), penegakan hukum perlindungan lingkungan hidup, penerapan prinsip keadilan dan moralitas yang mengharuskan negara tuan rumah untuk mengadakan perubahan terhadap peraturan nasional yang kadangkala juga berimbas pada perjanjian investasi bilateral yang telah ditandatangani.¹⁹⁸ Sebagai konsekuensinya, penegakan berbagai norma hukum internasional, diantaranya prinsip kedaulatan ekonomi suatu negara, prinsip kedaulatan negara terhadap sumber daya alam, hak untuk menentukan nasibnya sendiri (*self determination*) dan prinsip pembangunan berkelanjutan (*sustainable development*) dapat dikategorikan sebagai kepentingan umum yang bersifat internasional.¹⁹⁹ Prinsip ketertarikan umum internasional dapat lebih

¹⁹⁷ Ibid., h. 190.

¹⁹⁸ Ibid., h. 189.

¹⁹⁹ Ibid., h. 187- 89.

memperkuat legitimasi terhadap berbagai peraturan/kebijakan (*regulatory measures*) yang dikeluarkan oleh negara tuan rumah yang ditujukan untuk melindungi kepentingan umum, termasuk pula perlindungan terhadap tujuan ekonomi dan sosial yang sangat vital.²⁰⁰

3. Prinsip *Tabula Rasa* (*Clean State*)²⁰¹

Prinsip ini merupakan '*escape clause*' yang dapat membebaskan pihak *host state* dari kewajiban untuk bertanggung gugat terhadap pelanggaran kewajiban kontraktual yang telah disepakati dalam perjanjian investasi internasional/bilateral. Prinsip ini biasanya berkaitan dengan pembentukan perjanjian investasi bilateral maupun regional di bawah pemerintahan yang diktator yang ditumbangkan dengan melalui revolusi politik.²⁰² Maka segala bentuk perjanjian investasi bilateral/regional yang dibuat pada masa pemerintahan yang diktator tersebut tidak berlaku lagi karena dianggap bertentangan dengan hak untuk menentukan nasib sendiri (*self determination*) dan kedaulatan ekonomi suatu negara yang merdeka.²⁰³ Oleh karena itu, alasan-alasan tersebut dapat dijadikan dasar untuk membebaskan dari kewajiban kontraktual di dalam perjanjian investasi bilateral maupun regional.

²⁰⁰ Ibid., h. 189.

²⁰¹ Ibid., h. 188.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Ibid.

4. Prinsip *Force Majeure/Overmacht*

Prinsip *overmacht* juga dapat dijadikan sebagai alasan oleh negara tuan rumah (*host state*) untuk dibebaskan dari kewajiban kontraktual yang telah disepakati dalam BII. Dalih adanya *overmacht* misalnya dikaitkan dengan adanya suatu keadaan yang tidak dapat diduga sebelumnya dan berdampak sangat besar, yang berakibat pelaksanaan perjanjian menjadi sangat berat bagi pihak *host state* (*excessively onerous*) sehingga tidak memungkinkan untuk melaksanakan kewajiban kontraktualnya.³⁰¹

³⁰¹ Ibid., h. 191.

DAFTAR BACAAN

Buku

Adrian Sutedi, *Hukum Pertambangan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012.

Concise Legal Dictionary, 2nd Edition, Peter E. Nygh, Peter Butt (editor), Butterworths, Australia, 1998.

Ernst-Ulrich Petersmann, *State Sovereignty, Popular Sovereignty and Individual Sovereignty: From Constitutional Nationalism to Multilevel Constitutionalism in International Economic Law?*, dalam buku *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Wenhua Shan, Penelope Simons et.al (editor), Hart Publishing, USA, 2008.

Nico Schrijver, *Sovereignty Over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, UK, 2008.

Salim HS, *Hukum Penyelesaian Sengketa Pertambangan di Indonesia*, Pustaka Reka Cipta, Bandung, 2013.

Salim HS, *Hukum Pertambangan. Mineral dan Batu Bara*, Sinar Grafika, Jakarta, 2012.

Jurnal

Cotula, Lorenzo (2010) *Investment Contract and Sustainable Development : How to make contract for fairer and more sustainable natural resource investments*. International Institute for Environment and Development, United Kingdom (UK)

Peterson, Luke Eric (2005) *The Global Governance of FDI : Modly off in All Directions*. Friedrich-Ebert-Stiftung, Geneva.

Walde, Thomas (1999) *The Effectiveness of International Law Discipline Rules and Treaties in Reducing the Political and Regulatory Risks for Private Infrastructure Investment in Developing Countries*, CEPMLP Journal, Volume 5, available at : <http://www.dunee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol5/article5-5.html>.

Vivoda, Vlado and Callaghan, Terry. *Regimes, Mining Investment and Regulatory Risks in the Asia Pacific Regions : Comparative Evaluation and Policy Implications*, available online at : <http://regulation.upf.edu/dublin-10-papers/514.pdf>

Vivoda, Vlado, *Assessment of the Governance Performance of the Regulatory Regime Governing Foreign Mining Investment in the Philippines*, available online at : http://www98.griffith.edu.au/dspace/bitstream/handle/10072/36393/65340_1.pdf?sequence=1

Suria, Oentoeng and Dawson, Blake (2011) *Investing in an Indonesian Mining Project. A Legal Introduction*, available online at : http://www.oentoengsuria.com/wp-content/uploads/2010/11/14809_PLB-Investing-in-an-Indonesian-mining-project-08-11-web2.pdf

Pritchard, Robert, *Safeguards For Foreign Investors in Mining, reprint from International and Comparative Mineral Law and Policy* (2005) Batsida Elizabeth et al (eds), Kluwer Law International, The Hague, available online at : <http://www.resourceslaw.net/documents/SafeguardsForeignInvestmentinMining.pdf>

Reading, Michael R (1992) *The Bilateral Investment Treaty in Asean : A Comparative Analysis*, Duke Law Journal, Vol. 42, pp. 678.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2003) *Foreign Direct Investment on Performance*

Requirements : New Evidence From Selected Countries, New York and Geneva, available online at : http://unctad.org/en/Docs/iteia20037_en.pdf.

Orellana, Marcos (2011) *Investment Agreement and Sustainable Development : The Non Discrimination Standard*, Sustainable Development Law & Policy (SDLP), Vol. XI, Issue 3, Washington College of Law, pp. 3.

Online Sources

Dezi Kirana and Robert Reid, *Mining in 35 Jurisdictions in the World (Indonesia)*, 2011, dapat diakses di: http://www.soemath.com/lib/snt/MII_Indonesia.pdf.

Salamudin, Daeng, *Investment in Indonesia, Neocolonialism and Its Destruction to People Economy*, website : <http://www.investasi-indonesia.com>.

Peraturan Perundang-undangan

Indische Mijn Wet Tahun 1899 sebagaimana dirubah tahun 1904 dan 1918.

Undang-Undang Dasar 1945

Undang-Undang Nomor 37 Prp Tahun 1960 dan Undang-Undang Nomor 44 Tahun 1960

Undang-Undang Pertambangan No. 11 Tahun 1967

Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Mineral dan Batu Bara

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi

Peraturan Pemerintah No. 22 Tahun 2010 tentang Area Pertambangan

Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 2010 tentang Implementasi Kegiatan Pertambangan Mineral dan Batu Bara

Peraturan Pemerintah No. 24 Tahun 2012 tentang Perubahan Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Pertambangan Mineral dan Batu Bara

Peraturan Pemerintah No. 55 Tahun 2010 tentang Pengembangan dan Pengawasan Manajemen Pelaksanaan Kegiatan Pertambangan Mineral dan Batu Bara

Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral No. 18 Tahun 2009 tentang Tata Cara Perubahan Penanaman Modal dalam Rangka Pelaksanaan Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara

Undang-Undang No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup

Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 1999 tentang Analisis Dampak Lingkungan (AMDAL)

Peraturan Pemerintah No. 78 Tahun 2010 tentang Reklamasi dan Pasca Tambang

Undang-Undang No. 23 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Undang-Undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Otonomi Daerah